

Rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel in het Belgisch verbintenissenrecht.

Matthias E. STORME

hoogleraar KU Leuven; Universiteit Antwerpen
sekretaris van de *Commission on European Contract Law*
advokaat te Brussel

I. VRAAGSTELLING.

1. Rechtszekerheid.
2. Vertrouwensbeginsel.
3. Verhouding tussen beide assen.
4. Goede trouw

II. BENADERING VAN HET VERTROUWENSBEGINSEL.

1. Vertrouwensbeginsel tegenover schijnleer.
2. Vertrouwensbeginsel.

III. ENKELE REEDS KLASSIEKE TOEPASSINGEN.

1. Betaling aan, kwijting door, verhuring door de bezitter.
2. Vertegenwoordiging.
3. Nietigheden van handelingen van echtgenoten gesteld zonder medewerking van de andere.
4. Schuldvorderingspapieren

IV. WIL EN VERTROUWEN BIJ DE TOTSTANDKOMING EN UITLEG VAN VERBINTENISSEN UIT OVEREENKOMST

1. Algemene vraagstelling en historische achtergrond.
2. Uitleg van rechtshandelingen; misverstand (diskrepanctie tussen wil en verklaring).
 - a) de juiste rol van de “wil” en de grondregels voor uitleg van obligatore rechtverhoudingen *ex contractu* - beginselen.
 - b) Nadere adstruktie, met uitwerking van mededelings- en onderzoekslasten.
 - c) De bijzondere betekenis van het geschreven woord als uitdrukking van het vertrouwensbeginsel.
 - d) Nogmaals mededelings- en onderzoekslasten.
3. Uitleg en dwaling, *misrepresentation*
4. Nader over de betekenis van feitelijke mededelingen.
5. Iets over de aard van onderzoeks- en informatielasten.
6. Nadere uitwerking van de normaliteit van de opgewekte verwachting : uitleg van rechtshandelingen naar verkeersgebruik.

V. BESLUITEN.

I. VRAAGSTELLING.

(1. ONDERLINGE VERHOUDING) Rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel : beide begrippen worden, door wat misschien wel een verbazende misvorming in het rechtsdenken van de Belgische privatist kan worden genoemd, zelden als samenhangend gezien. De rechtszekerheid wordt integendeel nog vaak als argument tegen de vertrouwensleer en aanverwante leren aangevoerd¹. In andere landen, alsmede in de Europese rechtspraak, worden beiden vaak in één adem genoemd. Al kunnen ze niet worden gelijkgesteld, ze overlappen elkaar gewis. Beide termen wonen echter ten dele op andere een hoogte, of liever, bevinden zich op een andere as van tegenstellingen. Ze worden dan ook elk kort toegelicht. Ondanks de door medepreadviseur Vranken overgenomen waarschuwing van Donner², volgt toch een poging om hun onderlinge verhouding te schetsen.

1. Rechtszekerheid.

(2. RECHTSZEKERHEID TEGENOVER BILLIJKHEID) Betogen over rechtszekerheid vertrekken meestal van de tegenstelling tussen rechtszekerheid en billijkheid³, of van die tussen vage normen en scherpe rechtsregels⁴. Het is een

¹ Bv. I. VEROUGSTRAETE, "Wil en vertrouwen bij het totstandkomen van overeenkomsten", *TPR* 1990, (1163), in het besluit op 1195 nr. 34 : "De strekking om de rechtsbetrekking te objectiveren en om de wederzijdse verbintenissen te toetsen - *a posteriori* - aan maatstaven van objectieve redelijkheid is niet verzoenbaar met de wet die in beginsel contractanten vrij laat te handelen zoals zij het goed vinden. Het maatschappelijk belang wordt niet vooruitgeholpen door een stelselmatig element van onzekerheid in de overeenkomsten in te planten". De leer van de schijnvertegenwoordiging anderzijds wordt door deze auteur wel in overeenstemming geacht met de rechtszekerheid. De samenhang tussen beide begrippen wordt bv. wel uitgewerkt door N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *TPR* 1989, (923)

² J. VRANKEN, "Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht", nr. 8, verwijzing naar A. DONNER, "Inleiding", *RM Themis* 1984, 458. Natuurlijk hebben beiden gelijk dat er geen hiërarchie is tussen gelijkaardige grootheden. Zo is er geen hiërarchie tussen rechtszekerheid en billijkheid, noch tussen vertrouwensbeginsel, zelfbeschikkingsbeginsel en andere soortgelijke beginselen. Zie over de onmogelijkheid van hiërarchie tussen "waarden" in het recht verder N. LUHMANN, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Suhrkamp 1977, 38 v.; -, *Rechtssoziologie*, Rowohlt Hamburg 1972, 88.

³ Dit is natuurlijk niet de enige tegenstelling. Op hetzelfde vlak als rechtszekerheid en billijkheid zou men bv. ook het beginsel van de gelijkheid voor de wet kunnen zien. Ook tussen rechtszekerheid en gelijkheid moet dan een evenwicht worden gevonden, zoals blijkt uit de grondwettelijke rechtspraak die terecht stelt dat een ongelijkheid die zou kunnen voortvloeien uit het feit dat feiten omwille van de rechtszekerheid en doeltreffendheid noodzakelijk in bepaalde categorieën zijn ingedeeld (waarbij men ofwel onder de ene ofwel onder de andere categorie valt) op zichzelf geen verboden diskriminatie is (bv. HJEG 17-5-1988, 84/87, *Erpelding*; HJEG 19-5-1993, 120/92, *Schultz t. Hauptzollamt Heilbronn*, beiden over de berekening van referentiehoeveelheden voor toekenning melkkwota; vgl. ook HJEG 9-11-1995, 479/93, *Francovich-II* : een harmonisatie van waarborgen tegen insolventie van werkgevers, die slechts gedeeltelijk geschiedt, schendt het

truïsme dat tussen beiden een evenwicht dient te worden gezocht. Waar dat evenwicht zich bevindt is mede thema van dit preadvies. Recht is voor mij nog steeds het in het werk zetten van de rechtvaardigheid. Gezien de menselijke beperktheid is er tussen beiden, recht en rechtvaardigheid, steeds een ontologische differentie. Konkrete rechtsvormen hebben in uiteenlopende mate deel aan de rechtvaardigheid, maar kunnen er nooit mee worden vereenzelvigd. Rechtszekerheid en billijkheid zijn zo twee éénzijdige verschieten op de rechtvaardigheid, zodat het bevorderen van enkel het ene of enkel het andere te weinig rechtvaardigheid in het werk zet.

Eenvoudigheidshalve wordt in dit preadvies uitgegaan van de traditionele betekenis van de begrippen rechtszekerheid en billijkheid. Traditioneel bestaat de rechtszekerheid daarin, dat recht wordt gevonden aan de hand van algemene regels, die rechtsgevolgen vastknopen aan welbepaalde dienend geachte omstandigheden. Dit staat dan tegenover de konkrete billijkheid, die rekening houdt met alle bijzonderheden van het geval, ook diegene die niet in regels tot hun recht komen. Anders uitgedrukt: de rechtszekerheid wil enkel die feitelijke omstandigheden in rekening brengen, die reeds in het verleden tot bestanddelen van een rechtsregel zijn uitgekristalliseerd; de billijkheid heeft juist aandacht aan omstandigheden die in de regel niet dienend worden geacht en daarom nog niet tot rechtsfeit zijn “verheven”. De rechtszekerheid kan dan ook evenzeer gelegen zijn in een *stare decisis* als in een vasthouden aan de wet.

2. Vertrouwensbeginsel.

(3. EEN BEGINSEL TUSSEN ANDERE) Ook het vertrouwensbeginsel staat vaak tegenover één of meer andere beginselen, vanuit het - terechte - uitgangspunt dat tussen deze beginselen eveneens een evenwicht moet worden gezocht. In deze bijdrage wil ik onderzoeken in hoeverre het vertrouwensbeginsel in ons verbintenissenrecht “werkt” (dus ongeacht of het uitdrukkelijk wordt gebruikt of niet), d.w.z. hoe zwaar het doorweegt in vergelijking met andere beginselen. De belangrijkste andere beginselen die in het verbintenissenrecht werken zijn wellicht het zelfbeschikkingsbeginsel (autonomiebeginsel) en het wederkerigheids- of onevenheidsbeginsel. In zoverre ben ik het eens met Nieuwenhuis’ “*Drie beginselen van contractenrecht*” (zij het dat ik deze beginselen enigszins anders omschrijf).

gelijkheidsbeginsel niet). Een ander beginsel dat zich op gelijkaardig vlak zou kunnen bevinden is het doelmatigheidsbeginsel.

⁴ Het onderscheid tussen rechtszekerheid en billijkheid is niet noodzakelijk hetzelfde als tussen scherpe en vage normen, maar beide onderscheidingen overlappen elkaar wel grotendeels. Normen kunnen om meerdere redenen “vaag” of “scherp” zijn, en over die kenmerking kan men dan ook twisten. Zo zal de ene vinden dat het “primaat van de werkelijke wil” in het overeenkomstenrecht een scherpe norm is, die rechtszekerheid brengt, en de andere daarentegen dat het een vage norm is, die onzekerheid brengt. De waarheid is wellicht dat de norm rechtelijk scherp is, maar in zijn toepassing vaag. Twist over scherpe en vage normen hangt dan ook sterk samen met de opvattingen over wat rechtszekerheid nu eigenlijk inhoudt.

Wellicht zijn er nog andere beginselen nodig om het beeld te vervolledigen, zoals een of andere vorm van risikobeginsel (wie van partijen moet het risico dragen omdat zij dit het gemakkelijkst kon vermijden).

Daarnaast kan men elk van die beginselen, of de verbinding daarvan, natuurlijk ook hanteren op een wijze die veeleer naar rechtszekerheid streeft, dan wel op een wijze die veeleer naar billijkheid streeft.

De precieze onderscheiding tussen rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel vergt een nadere uitwerking van het vertrouwensbeginsel (onder II en v.). Vooruitlopend kan ik reeds stellen dat de rechtszekerheid sterk gericht is op regelzekerheid, mogelijks ook op beslissingszekerheid (zekerheid omtrent de uitkomst van een mogelijk rechtsgeding). Deze zekerheid mag niet worden verward met de zekerheid van de burger, die ook zekerheid wil dat er “recht” - en niet krom - wordt gesproken. Anders dan de rechtszekerheid houdt het vertrouwensbeginsel reeds een - beperkte - inhoudelijke waardering in, zij het een éézijdige. Het vertrouwensbeginsel gaat namelijk uit van de zekerheid in het maatschappelijk verkeer, die aansluit bij het gebruikelijke (de normaliteit). Deze zekerheid valt nooit volledig - en soms zelfs helemaal niet - samen met de wettelijke regeling van een vraagstuk. Het is zuiver beschouwelijk mogelijk dat een rechtsstelsel aan dit soort zekerheid, aan de bescherming van dit soort vertrouwen, nauwelijks of geen belang hecht. Zowel voor de rechtszekerheid en de billijkheid zou dit m.i. geen goede zaak zijn; in ieder geval hoop ik aan te tonen dat dit in ons rechtsstelsel niet zo is.

3. Verhouding tussen beide assen.

(4. EVENWICHTSOEFENINGEN) Hoewel rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel elkaar voor een deel overlappen, bevinden zij zich op twee verschillende assen van mijn betoog. Naarmate het recht meer wordt gevonden in de billijkheid, is er voor elk geval maar één juiste oplossing, al kan men van mening verschillen welke de juiste is. Naarmate de nadruk meer op de rechtszekerheid ligt, is het veeleer zo dat er meerdere oplossingen zijn die ongeveer dezelfde rechtszekerheid kunnen bieden. In de praktijk zullen bepaalde beginselen meer rechtszekerheid bieden dan andere, en wel omwille van de zekerheid waarmee de dienend geachte feiten feitelijk vaststelbaar of bewijsbaar zijn. Zuiver beschouwelijk echter is het niet uitgesloten dat de rechtszekerheid zowel kan liggen in een volstreekte toepassing van het vertrouwensbeginsel als in een volstreekte toepassing van het zelfbeschikkingsbeginsel als in een volstreekte toepassing van het - of onevenheidsbeginsel⁵. De billijkheid daarentegen kan enkel worden gevonden in de juiste verbinding van alle beginselen : er kan geen onderscheid zijn tussen een billijkheid *de lege lata* en een billijkheid *de lege ferenda*. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid is het onderscheid daarentegen volstrekt. Vermits er een evenwicht

⁵ Vgl. het mede-advies van J. VRANKEN, nr. 4.

moet worden gezocht tussen rechtszekerheid en billijkheid, is er dus altijd een zeker onderscheid tussen recht *de lege lata* en recht *de lege ferenda*, maar is dit geen strikt onderscheid. Elk hoogontwikkeld rechtsstelsel zal dan ook beschikken over mechanismen die formeel het onderscheid tussen *de lege lata* en *de lege ferenda* instandhouden, maar het inhoudelijk ten dele terzijdestellen door de billijkheid te laten binnensijpelen. Vage normen, zoals de goede-trouw-eis, zijn zo'n mechanisme.

Aangezien de billijkheid ook een evenwicht tussen de verschillende rechtsbeginselen veronderstelt, zal een dergelijk mechanisme er meestal in bestaan om een rechtsbeginsel dat op het vlak van de bestaande rechtsregels te zwaar doorweegt, te gaan bijsturen. Formeel-rechtelijk kan het daarbij om een billijkheidsbijsturing gaan van een bepaalde rechtsregel. In werkelijkheid zit achter die bijsturing een ander rechtsbeginsel, dat in mogelijkheid evenveel rechtszekerheid kan bieden. Billijkheidsoplossingen ontwikkelen zich dan ook langzamerhand vaak tot rechtsregels, die aldus op het vlak van de regels zelf een nieuw evenwicht brengen. Naarmate rechtsregels niet alleen naar rechtszekerheid, maar ook naar billijkheid streven, zullen de rechtsbeginselen die daaruit tot uiting komen, ook "versneden" geraken met andere rechtsbeginselen.

4. Goede trouw

(5. *BONA FIDES ALS TECHNIEK*) Uit het voorgaande blijkt dat het begrip "goede trouw" (in Noord-Nederland "redelijkheid en billijkheid") m.i. verschilt van de billijkheid. "Goede trouw" is op de eerste plaats een techniek, een mechanisme waarmee - formeel gezien - bestaande rechtsregels worden bijgestuurd. In het *ius commune* werkte de goede trouw in de vorm van de "*exceptio doli generalis*". Uit de term *exceptio* volgt reeds dat het steeds om een "korrigerend" mechanisme gaat. Goede trouw kan dan ook geen vaste betekenis hebben, aangezien de inhoud ervan afhangt van de "regel" ten aanzien waarvan een bijsturing nodig wordt geacht. Natuurlijk heeft het begrip "goede trouw", in de zin van redelijkheid en billijkheid, wel een oorspronkelijke historische betekenis. Deze sluit nauw aan bij de subjectieve betekenis van goede trouw, namelijk het weten (en bij uitbreiding het behoren te weten). De oorspronkelijke vorm van strijd met de goede trouw in het Romeinse recht kan worden gevonden in de partij die een belover aan de letter van zijn *stipulatio* hield, hoewel zij wist dat de tegenpartij van de inhoud daarvan een andere voorstelling had. Oorspronkelijk was de goede trouw dan ook een bijsturing van het vertrouwensbeginsel (zo men wil van de verklaringsleer) op grond van het zelfbeschikkingsbeginsel.

Dat betekent helemaal niet dat de goede trouw vandaag tot haar eerste historische betekenis kan worden beperkt. Reeds bij de Romeinen was dit duidelijk niet het geval en kreeg het begrip *bona fides* grofweg de rol van de "goede trouw van het handelen" (redelijkheid en billijkheid) vandaag. Het verhaal hiervan zou ons echter te ver afleiden van het eigenlijke onderwerp van ons preadvies.

II. BENADERING VAN HET VERTROUWENSBEGINSEL.

(6) Waar over het begrip rechtszekerheid een redelijke eensgezindheid bestaat (zij het daarom niet over het belang ervan, noch over de nauwkeurige wijze waarop deze kan worden verwezenlijkt), zijn er over het begrip zelf van het vertrouwensbeginsel meer misverstanden.

1. Vertrouwensbeginsel tegenover schijnleer.

(7. BEGINSEL, GEEN REGEL) Het gaat hier om het “vertrouwensbeginsel”, niet over een of andere “rechtsregel” die aan het opgewekt vertrouwen als dusdanig bij wijze van uitzondering rechtsgevolgen zou hechten (zoals de rol van het vertrouwen maar al te vaak wordt voorgesteld). Daarom hanteer ik niet de technisch-exegetische opvatting, waarin het vertrouwensbeginsel traditioneel niet zozeer wordt besproken als een beginsel dat moet worden afgewogen tegenover andere inhoudelijke beginselen (zoals bv. het zelfbeschikkingsbeginsel, het wederkerigheidsbeginsel, het risikobeginsel, e.d.m.), maar veeleer als een “bijsturing” ten aanzien van de rechtsregels, zoals men die op grond van zijn exegese heeft uitgelegd. Deze “bijsturing” wordt dan toegepast omwille van de “schijnbare aanwezigheid” van een rechtstoestand of rechtsfeit waarvan de aanwezigheid “in beginsel” door het recht wordt vereist.

Het gaat er hier evenwel om na te gaan in hoeverre het vertrouwensbeginsel aanwezig is in ons recht, zij het in de “gewone” regels, dan wel in de “korrekties” die een of andere “schijnleer” daarop zou maken. Vanuit dit oogpunt komt het erop aan na te gaan wat uiteindelijk de “operatieve” regel is, hoe de regel werkt, veeleer dan de regel te herleiden tot haar ontstaansgeschiedenis.

Die ontstaansgeschiedenis moet daarbij vaak ook begripsmatig overwonnen worden. Een eenvoudig voorbeeld is de zgn. schijnvertegenwoordiging. Eénmaal deze is aanvaard, moet zij van naam veranderen. Doordat men aanvaardt dat de persoon in wiens naam wordt gehandeld, ook gebonden is wanneer de handelende krachtens de inwendige verhouding niet mocht handelen, gaat het immers niet meer om “schijnvertegenwoordiging”. Het gaat dan om échte vertegenwoordiging, gegrond op een schijnbare (inwendige) bevoegdheid of een opgewekt vertrouwen in (inwendige) bevoegdheid. Het rechtsfeit waaruit de uitwendige vertegenwoordigingsmacht voortvloeit, is op dat ogenblik ook niet langer de inwendige bevoegdheid, maar het opgewekt vertrouwen in een inwendige bevoegdheid. Het is een eis van wetenschappelijke hygiëne om een dergelijke begripsmatige opruiming te houden.

2. Vertrouwensbeginsel.

(8. BESCHERMING VAN OPGEWEKTE VERWACHTINGEN) Hoe kunnen we nu, vooraleer na te gaan in hoeverre het vertrouwensbeginsel in ons verbintenissenrecht aanwezig is, dit beginsel dan wel omschrijven ?

Uitgaande van de gedachte dat het vertrouwensbeginsel één van de beginselen is die samenspeelt in ons verbintenissenrecht, en dat het dus ten dele moet wijken voor andere, gaat het niet op een reeds bijgestuurde omschrijving ervan te geven. Het gaat hier niet over een rechtsregel, maar over een rechtsbeginsel, dus veeleer een heuristisch beginsel⁶. Daarom moeten we van een vrij radikale omschrijving uitgaan, die vertrouwen niet beperkt tot rechtmatig vertrouwen. Dit is nodig om te tonen hoe het vertrouwensbeginsel wordt beperkt door andere beginselen, bv. doordat alleen “rechtmatig” vertrouwen wordt beschermd.

Dit vertrouwensbeginsel in onversneden vorm betekent dat rechten en plichten van partijen (verbintenisrechtelijke rechtsgevolgen) worden bepaald door wat anderen op grond van de gedraging van de eerste partij als “normaal” voordeel verwachten⁷. Het gaat dus om “*respect dû aux anticipations d’autrui*”⁸, voor zover die verwachtingen ook in enige zin zijn opgewekt door de aangesprokene.

⁶ Om als rechtsregel te kunnen gelden, die niet alleen rechtszekerheid biedt maar ook een voldoende graad van billijkheid, moet het vertrouwensbeginsel noodzakelijk versneden worden. Dat is wat bv. gebeurt in art. 3:36 NBW : “Tegen hem die als derde op grond van een verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, het ontstaan, bestaan of tenietgaan van een bepaalde rechtsbetrekking heeft aangenomen en in redelijk vertrouwen op de juistheid van die veronderstelling heeft gehandeld, kan door degene om wiens verklaring of gedraging het gaat, m.b.t. deze handeling op de onjuistheid van die veronderstelling geen beroep worden gedaan.

Ingebouwde bijsturingen zijn bv. “als derde” (tussen partijen wordt de regel omgebogen in art. 3:35 NBW, en speelt het zelfbeschikkingsbeginsel veel sterker); “redelijkerwijze”, “in vertrouwen heeft gehandeld” (een soort nadeelsvereiste, dus invloed van het wederkerigheidsbeginsel) en de toerekenbaarheid (het moet gaan om een verklaring of gedraging van de persoon zelf die geen beroep kan doen op de onjuistheid).

⁷ In zijn *Drie beginselen van contractenrecht*, Kluwer Deventer 1979, 16-17, is NIEUWENHUIS te kritisch voor de idee dat de opgewekte verwachting (mede) grond is voor gebondenheid. De voorbeelden die hij geeft zijn evenwel geen voorbeelden waarbij een voordeelsverwachting is opgewekt, maar een nadeelsverwachting. Het verbintenissenrecht gaat echter over prestaties waar iemand aanspraak op maakt en een ander toe wil verplichten. Dat het dreigen met een nadeel in beginsel geen verbintenis doet ontstaan de dreiging ook uit te voeren, staat los van de vraag in hoeverre gebondenheid berust op de wil dan wel de opgewekte verwachting. Ook in de wilsleer zou de dreigende niet verplicht zijn de dreiging daadwerkelijk uit te voeren, al wilde hij dat werkelijk. Deze kritiek belet niet dat NIEUWENHUIS gelijk heeft door te stellen dat het geldende recht slechts aan de hand van meerdere beginselen kan worden verklaard, en niet aan de hand van het vertrouwensbeginsel alléén.

⁸ Titel van een boek van X. DIEUX, Bruylant Brussel 1995. Zie ook Cass. 27-3-1992, RW 1991-92, 1466, dat spreekt van (door de overheid) opgewekte gerechtvaardigde verwachtingen, die in de regel moeten worden gehonoreerd.

Daarbij wens ik twee zaken te verscherpen : het voorwerp van het vertrouwen en het begrip “normaal”. Beiden worden hieronder bij wijze van hypotese omschreven; deze werkveronderstelling moet daarna op haar werking worden getoetst, en het resultaat van die toetsing zou natuurlijk ook kunnen zijn dat het vertrouwensbeginsel in deze betekenis in ons recht géén of nauwelijks een rol speelt.

(9. NORMALE VERWACHTING) Voorwerp van het vertrouwen is - in onze werkveronderstelling - het als normaal verwachte (rechts)gevolg, niet de aanwezigheid van één of ander feit. Het vertrouwen betreft de toekomst, niet het verleden. Dit preadvies wil niet nagaan of ons recht het vertrouwen beschermt dat iemand zou hebben in bv. de aanwezigheid van een bepaalde bedoeling (“wilsvertrouwen”), maar wel of het de verwachting beschermt die door andermans gedragingen wordt opgewekt en die de verwachter als “normaal” gevolg beschouwt van die gedraging⁹.

Dat deze werkveronderstelling zin heeft, blijkt bv. uit art. 3:36 NBW, waar het wel degelijk gaat over de bescherming van het vertrouwen op een bepaald rechtsgevolg, nl. het ontstaan, bestaan of tenietgaan van een bepaalde rechtsbetrekking.

Het doordrukken van het vertrouwensbeginsel in deze zin komt vanzelfsprekend tegemoet aan de menselijke behoefte aan zekerheid. Vertrouwen in de normale gang van zaken is een mechanisme van herleiding van de maatschappelijke complexiteit, herleiding zonder dewelke de mens niet kan leven, de werkelijkheid niet aankan.

(10. NORMALITEIT MAATSCHAPPELIJK GEZIEN) “Normaliteit” is daarbij noch een zuiver feitelijk (statistisch), noch een zuiver normatief (*kontrafaktisch*) begrip¹⁰. Het gaat hier dus niet om een zuiver cognitieve, d.i. statistische normaliteit (wat in werkelijkheid het meest voorkomt als gang van zaken). Het gaat ook niet om een rechtelijke normaliteit (het zou immers een volkomen *petitio principii* zijn daarvan uit te gaan), of een normaliteit in de zin van een welbepaalde moraal. Wat de burger als normaal verwacht is noch helemaal gelijk aan wat hij verwacht feitelijk te zullen gebeuren, noch helemaal aan wat hij vindt dat zou moeten gebeuren. De verwachting van de burger is in de meeste gevallen diffuus, niet zuiver cognitief noch zuiver normatief, maar nog ononderscheiden cognitief-normatief¹¹. Het gaat om het “maatschappelijk” normale gevolg van de gedraging. Deze normaliteit kan slechts

⁹ Mede-preadviseur J. VRANKEN komt tot een vergelijkbaar besluit, namelijk dat door de invloed van het vertrouwensbeginsel een overeenkomst-begrip geldt dat gericht is op normaliteit (en samenwerking) (randnr. 14-15).

¹⁰ Vgl. het mede-preadvies van J. VRANKEN, nr. 15, die “normaliteit” evenzeer als een gemengd feitelijk-normatief begrip hanteert.

¹¹ vgl. N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Rowohlt Hamburg 1972, vnl. p. 42 v. Luhmann toont daar zeer goed aan dat het onderscheid tussen “*Sein*” en “*Sollen*” geen *a priori* is, maar een evolutionaire verworvenheid van de mens.

worden gezien in het licht van de menselijke, maatschappelijke verhoudingen¹². Verder zal worden uitgewerkt in hoeverre dit aansluit bij de (verkeers-)gebruiken.

Dat deze verwachtingen niet allen door het recht worden beschermd, spreekt vanzelf. Er is bij de burger een enorm overschot aan verwachtingen ten aanzien van de werkelijkheid zowel als ten aanzien van wat tegelijk kan worden beschermd. Het recht moet het vertrouwensbeginsel versnijden met andere beginselen, en gaat daardoor een onderscheid scheppen tussen “rechtmatige” verwachtingen en “niet rechtmatige” verwachtingen¹³.

3. Verhouding met rechtszekerheid.

(11) Naarmate men meer de nadruk legt op rechtszekerheid, zal men het vertrouwensbeginsel veeleer zo hanteren dat het erom gaat wat men “in de regel” als het normale gevolg van de gedraging van de aangesprokene beschouwt. Naarmate men meer de nadruk legt op de billijkheid, gaat het veeleer om wat de verwachter op grond van de gedraging van de wederpartij *in concreto* als het normale gevolg beschouwt.

III. ENKELE REEDS KLASSIEKE TOEPASSINGEN.

(12) Het toepassingsgebied van het vertrouwensbeginsel, zoals hierboven beschreven, blijft natuurlijk niet beperkt tot het verbintenissenrecht. Het speelt een belangrijke rol in het zakenrecht; daar vormen de regels betreffende de verkrijging van goederen van een beschikkingsonbevoegde ook een versnijding van het vertrouwensbeginsel, het zelfbeschikkingsbeginsel, (in beperkte mate) het wederkerigheidsbeginsel, en wellicht nog andere. Het privaatrechtelijk thema van de Jaarvergadering blijft echter beperkt tot het verbintenissenrecht, en dan nog hoofdzakelijk het overeenkomstenrecht - waarbij dit preadvies dan nog een beperkter aantal onderwerpen behandelt dan het medepreadvies¹⁴.

Aan het vertrouwensbeginsel en zijn mededingers, zoals meer bepaald het zelfbeschikkingsbeginsel, komt namelijk een heel bijzondere betekenis toe op die gebieden waar het recht het in beginsel aan de betrokkenen zelf overlaat om hun onderlinge rechtsverhouding te regelen, d.i. waar “vrijheid van overeenkomst”

¹² Voor een vergelijkbaar begrip van normaliteit, meer bepaald bestudeerd in verband met het bewijs(recht), zie A. GIULIANI, “Il concetto classico di prova : la prova come “argumentum” “, in *Recueils de la Société Jean Bodin pour l’histoire comparative des institutions*, XVI, *La preuve*, I, Brussel 1965, (357) 359 en 383 v.

¹³ Dat een verwachting “rechtmatig” is, is natuurlijk het resultaat van een redenering, niet de grond ervoor. Een regel die zegt dat enkel rechtmatig vertrouwen wordt beschermd, is een nietszeggende regel, zolang geen maatstaven worden verwoord voor de rechtmatigheid van dat vertrouwen.

¹⁴ Vele vragen die hier aan bod komen werden door VRANKEN immers al uitvoerig behandeld in zijn *Mededelings- informatie en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Tjeenk Willink Zwolle 1989. Zie verder ook randnr. 55.

(binnen bepaalde grenzen) geldt. Het gebied van de privaatautonomie wordt hierbij voorlopig als een beschrijvende maatstaf genomen, zonder hier reeds in te gaan op de juiste betekenis van die privaatautonomie.

(13) Vooraleer het *pièce de résistance*, nl. de totstandkoming en uitleg van overeenkomsten aan te vatten, en daarbij de raad van mijn mede-adviseur om niet te zoeken naar de grondslag voor de gebondenheid uit overeenkomst in de wind te slaan, bekijken we enkele figuren waarbij aan het vertrouwensbeginsel klassiek een belangrijke rol wordt toegekend. We besteden vooral aandacht aan de vraag of de partij die op uitwendige feiten - meer bepaald de gedraging van de wederpartij - voortgaat, een onderzoekslast¹⁵ heeft ten aanzien van feiten of gegevens waarvan kennis in haren hoofde zou maken dat haar verwachting niét meer aan de “normale gang van zaken” beantwoordt.

1. Betaling aan, kwijting door, verhuring door de bezitter.

(14. ART. 1240 BW) De eerste rechtsfiguur is de betaling aan de schijnschuldeiser. Deze sluit nog zeer dicht aan bij het zakenrecht. Vaak gaat het immers om gevallen waar een overgang van de eigendom van de schuldvordering mee gemoeid is.

Krachtens art. 1240 is de schuldenaar bevrijd wanneer hij de schuld te goeder trouw betaalt aan iemand die in het bezit is van de schuldvordering. De regel gaat ervan uit dat de schuld zelf niet in betwisting is, enkel de persoon van de schuldenaar. Art. 1240 BW bepaalt niet in hoeverre er een onderzoekslast bestaat, en of die al dan niet *in concreto* moet worden bepaald.

(15. OVERDRACHT VAN SCHULDVORDERING, WISSELBRIEF) Voor bepaalde bijzondere gevallen is er een scherpere regel, zo bv. bij overdracht van schuldvordering (art. 1690 BW) : “de overdracht kan slechts tegen de gecedeerde schuldenaar worden ingeroepen vanaf het ogenblik dat zij aan de gecedeerde schuldenaar ter kennis werd gebracht of door hem werd erkend”. Wat indien de *debitor cessus* weet heeft van de overdracht, maar deze hem niet is meegedeeld ? Hij kan bevrijdend blijven betalen aan de overdrager zolang hij niet desbewust ten nadele van de overnemer heeft gehandeld. De normale gang van zaken is dat de overdrager schuldeiser blijft zolang het tegendeel niet is meegedeeld. De *debitor cessus* mag op het voortbestaan van het schuldeiserschap vertrouwen en heeft t.a.v. de overnemer geen enkele onderzoekslast. De overnemer moet de overdracht maar meedelen.

¹⁵ Het gaat inderdaad om een “last” (*Obliegenheit*) eerder dan een plicht. Zij wordt immers niet beteugeld met schadevergoeding, maar door de beperking (of verwerking) van het recht zich op de uitwendige feiten en hun normale gang van zaken te beroepen. Over het begrip last (*Obliegenheit*), zie mijn *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, Story Brussel 1990, p. 197 v., nr. 196 v.; en verder o.m. J.B.M. VRANKEN, "Enkele gedachten over de invloed en betekenis van de factor tijd in het privaatrecht", *RMT* 1986, (415) 424 v.

Géén onderzoekslast, andere dan naar de regelmatigheid van de reeks rugtekeningen, is er ook in hoofde van de wisselschuldenaar die op de vervalddag aan de houder van de wisselbrief betaalt (art. 40, lid 3, Wisselbriefwet). Op de vervalddag is er immers géén tijd voor onderzoek, en dus is de schuldenaar daarvan bevrijd. De rugtekening speelt dezelfde rol als de kennisgeving door de overnemer van een schuldvordering. Bij een cheque is er daarnaast wel nog een beperkte onderzoekslast mogelijk, aangezien de betrokkene ook bij regelmatige reeks rugtekeningen nog aansprakelijk kan blijven bij grove schuld (art. 35 lid 2 Chequewet).

(16. OPGEWECT VERTROUWEN) Geldt eenzelfde regel ook wanneer het vertrouwen in het schuldeiserschap niet door de “ware” schuldeiser (de eigenaar van de schuldvordering) is opgewekt? M.i. is de betaling maar tegenwerpbaar aan de “ware” schuldeiser - d.w.z. de partij die bewijst dat zij die aanspraak op de schuldenaar inderdaad heeft verkregen - wanneer deze bij de schuldenaar het vertrouwen heeft opgewekt dat betaling aan een andere partij bevrijdend zal zijn¹⁶. Het “opwekken” van vertrouwen moet men wél ruim genoeg begrijpen; ook stilzitten valt daar niet in beginsel buiten¹⁷. Telkens wanneer er een uitwendig rechtsfeit is dat normaal betekent dat de *accipiens* ook de schuldeiser is of bevoegd voor de schuldeiser te ontvangen, moet men dit in beginsel niet nader onderzoeken. Het BW spreekt over “het bezit” van de schuldvordering, wat wijst op zo’n uitwendig rechtsfeit. Zelfs in sommige gevallen waar het “opgewekt” zijn zeer dunnetjes is, zoals bv. wanneer de schuldeiser de titel is verloren of deze hem is ontstolen, zal de “informatielast” van die schuldeiser het vaak halen op een mogelijke onderzoekslast van de schuldenaar. Anders dan bij verloren of gestolen roerende zaken, kan de schuldeiser immers stappen ondernemen om zijn recht te beschermen. Hij kan nl. de schuldenaar inlichten (bij waardepapieren is daarvoor door de wet een heel stelsel opgezet - zie de Wet van 24 juli 1921 op de ongewilde buitenbezitstelling van toonderpapieren, zoals laatstelijk gewijzigd bij Wet van 22 maart 1995). Het risikobeginsel wijst dus in de genoemde richting. Het feit dat de ware schuldeiser meer mogelijkheden heeft dan de schuldenaar, maakt dat het stilzitten van de ware schuldeiser ook een vorm van opgewekt vertrouwen is. Dit - tezamen natuurlijk met het feit dat de bevrijding van de schuldenaar in beginsel onder bezwarende titel gebeurt (door betaling) - verklaart dat de vertrouwensbescherming in dit geval wellicht verder reikt dan in de meeste andere gevallen, die nog aan bod komen.

(17. BEZIT VAN DE SCHULDVORDERING ALS NORMALITEITSMAATSTAF) In ieder geval is duidelijk dat de bescherming van

¹⁶ Zie voor nadere bespreking R. KRUIHOF (die de eis dat het vertrouwen moet zijn opgewekt, bestrijdt), “De betaling aan de schijnschuldeiser”, in *Actori incumbit probatio*, Maarten Kluwer Antwerpen 1975, 109 v.

¹⁷ Denk bv. aan het geval van de schijnerfgenaam, waarbij het “opwekken” van het vertrouwen door de overledene in niet meer zal bestaan dan zijn ouderschap of andere familieband. Bij overdracht van schuldvordering zal het opwekken door de overnemer erin bestaan stil te zitten waar hij de overdracht maar diende mee te delen, e.d.m.

de schuldenaar die aan de “schijnschuldeiser” betaalt, niet kan worden herleid tot een betuigeling van de gedraging van de ware schuldeiser. Ons recht knoopt integendeel aan - en ik hoop te tonen dat dit meer gebeurt dan men denkt - aan uitwendige rechtsfeiten als dusdanig, zoals met name het “bezit” van de schuldvordering. Het zijn veeleer de gevallen waar niet aan uitwendige rechtsfeiten (zoals bv. een of andere vorm van bezit) wordt aangeknoopt, die als een “bijsturing” daarop te begrijpen zijn, een bijsturing op grond van van andere beginselen (zelfbeschikkingsbeginsel, wederkerigheidsbeginsel, mogelijk risikobeginsel).

(18. BETALING EN KWIJTSCHELDING) Dat betaling aan de bezitter van de schuldvordering de schuldenaar bevrijdt, houdt ook in dat deze bezitter de macht heeft om kwijting te verlenen (in de verhouding tot de schuldenaar), ook al zou hij daar niet toe bevoegd zijn (omdat hij noch de eigenaar is van de vordering, noch krachtens zijn verhouding tot die eigenaar bevoegd is). Maar het vertrouwensbeginsel zal ten dele moeten wijken wanneer de bevrijding van de schuldenaar onder kosteloze titel gebeurt. Vertrouwen op een kwijtschelding mag niet even zorgeloos gebeuren als vertrouwen op het bevrijd zijn door daadwerkelijke betaling.

(19. VERHURING) Tussen beide hierboven besproken gevallen in bevinden zich andere handelingen onder bezwarende titel door de bezitter van een goed. We beperken ons zoals gezegd tot het verbintenissenrecht, en denken dus meer bepaald aan de verhuring van goederen door de bezitter niet-eigenaar, waaronder bv. de schijnerfgenaam. Zolang het om een handeling gaat die niet met een daad van beschikking wordt gelijkgesteld, wordt de wederpartij te goeder trouw beschermd.

2. Vertegenwoordiging.

(20. STAND VAN ZAKEN BELGISCH RECHT) Met de laatste gevallen zijn we in zekere zin al aanbeland bij de vertegenwoordiging door een onbevoegde.

In het arrest-*Cuivre-et-Zinc* van 20 juni 1988 oordeelde het Hof van cassatie¹⁸ dat een partij gebonden kan zijn (gebondenheid, dus “vertegenwoordiging”, niet “schijnvertegenwoordiging” !) aan handelingen van een persoon die in haar naam optreedt, ook zonder dat deze persoon krachtens hun onderlinge verhouding dergelijke bevoegdheid heeft, en zelfs zonder op foutieve wijze een schijn daartoe te hebben opgewekt, wanneer de wederpartij rechtmatig vertrouwd op de bevoegdheid van die persoon. *De lege lata* luidt de vraag dan ook : wanneer is het vertrouwen rechtmatig (mogelijke onderzoekslast) ? alsook : moet het daartoe door de aangesprokene zijn opgewekt ?

(21. VERTEGENWOORDIGINGSMACHT BESTUURDERS NV/BV) Vooraleer de vraag in het algemeen te beantwoorden, is het goed opnieuw te wijzen op een meer

¹⁸ Cass. 20-6-1988, RW 1989-90, 1425 noot A. van OEVELEN.

bijzondere regel. Deze vinden we meer bepaald in art. 54 en 63 *bis* Venn.W. (ingevoegd door W. 6 maart 1973 tot omzetting van de eerste vennootschapsrichtlijn)¹⁹, krachtens dewelke :

- voor handelingen binnen het vennootschapsdoel een inwendige (zelfs statutaire) beperking op de door de wet bepaalde bevoegdheid van de Raad van bestuur van een NV of BVBA niet aan derden kan worden tegengeworpen, ook al is die beperking openbaar gemaakt (art. 54);
- de beperking van de bevoegdheid van de bestuurders tot handelingen binnen het doel van de vennootschap niet aan derden kan worden tegengeworpen, tenzij bewezen wordt dat de derde op de hoogte was, of er, gezien de omstandigheden, niet onkundig van kon zijn; bekendmaking van de statuten alleen is echter geen voldoende bewijs (art. 63 *bis*).

Het uitwendige feit van de benoeming als bestuur²⁰ heeft in beginsel vertegenwoordigingsmacht tot (rechts)gevolg. Het vertrouwensbeginsel moet slechts zeer uitzonderlijk wijken voor het zelfbeschikkingsbeginsel (inwendige afspraken binnen de vennootschap), nl. bij desbewust ten nadele van de vennootschap handelen, of bij wetenschap van doeloverschrijding. Een onderzoekslast geldt daarbij niet.

(22. VERTEGENWOORDIGINGSMACHT ADVOKAAT) Minder uitdrukkelijk, maar m.i. met dezelfde inhoud, zijn de regels over de omvang van de vertegenwoordigingsmacht van de advocaat²¹ en de gerechtsdeurwaarder. M.i. houdt art. 440, lid 2 Ger.W. inderdaad in dat de advocaat die namens een partij verschijnt in het kader van een geding, een vertegenwoordigingsmacht heeft voor zover het handelingen “*ad litem*” betreft, en dat inwendige bevoegdheidsbeperkingen of afspraken in beginsel aan derden niet kunnen worden tegengeworpen²². Ook hier rijst natuurlijk weer de vraag welke uitzonderingen daarop gelden en in hoeverre er

¹⁹ Vgl. P. van OMMESLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, 439, nr. 268; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973. Commentaar van de wet van 6 maart 1973 tot aanpassing aan de eerste E.E.G.-Richtlijn van 9 maart 1968*, Story Gent 1975, nrs. 284-289 en 320-327; J. RONSE, J.M. NELISSEN GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS en H. LAGA, "Overzicht van rechtspraak 1978-1985. Vennootschappen", *TPR* 1986, (859) 912-913 nr. 57; zie ook reeds W. van GERVEN, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht, I, Algemeen deel*, Standaard Antwerpen-Utrecht 1973, nr. 147, p. 477 noot 12.

²⁰ De publikatie van een bestuurdersbenoeming heeft overigens op zichzelf ook een waarde ten aanzien van derden. Dit opzicht komt hier niet nader aan bod.

²¹ Dit vraagstuk wordt zelden behandeld, zeker in verhouding tot de praktische betekenis ervan ! Een van de weinige bijdragen hierover is H.C.F. SCHOORDIJK, "Volmachtoverschrijding door een advocaat of procureur. Een studie naar aanleiding van een Engelse appeal-case", *Advocatenblad* 1983, 173 v.

²² Vgl. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire*, nr. 497 p. 416. De opvatting was duidelijk onder het oude Wetboek van burgerlijke rechtsvordering, wat betreft de pleitbezorgers, zie *Répertoire pratique du droit belge*, III, Bruxelles 1949, V° Désaveu nr. 17. Deze opvatting kan worden gegrond op de exceptie van "wettelijke vertegenwoordiging" in art. 848, 1 Ger.W.

een onderzoekslast geldt²³. Aangezien echter algemeen aanvaard wordt dat de tegenpartij zelfs niet het recht heeft om van de advocaat een bewijs van zijn bevoegdheid te verlangen, voor zover het om handelingen *ad litem* gaat (zo wordt art. 440, lid 2 Ger.W. uitgelegd), kan er van een onderzoekslast geen sprake zijn. Deze kan slechts bestaan slechts voor handelingen buiten het mandaat “*ad litem*”, zoals afstand van geding of van een proceshandeling (art. 820 *c.q.* 822 *j*° 824 Ger.W.), berusting in een uitspraak (art. 1045 Ger.W.), afstand van rechtsvordering (art. 821 *j*° 824 Ger.W.) of een aanbod of bekentenis (art. 850 Ger.W.). Ook daar kan de cliënt gebonden zijn ondanks de afwezigheid van bevoegdheid in de inwendige verhouding, maar de beoordeling is strenger, precies omdat er in beginsel een bijzondere volmachtverlening nodig is.

De afgifte van de uitvoerbare titel houdt op gelijkaardige wijze in dat de gerechtsdeurwaarder in beginsel vertegenwoordigingsmacht heeft voor alle daden van uitvoering (zie art. 1393 Ger.W.).

(23. SAMENGEVAT : HET BEZIT VAN VERTEGENWOORDIGINGSMACHT)

In beginsel is er dan ook geen onderzoekslast bij aanwezigheid van uitwendige rechtsfeiten die typisch gericht zijn op het uitoefenen van een mandaat of vertegenwoordiging : het benoemd zijn als bestuur, het bezit van de stukken door de advocaat, het bezit van de uitvoerbare titel door de gerechtsdeurwaarder. Ik kan het niet laten te wijzen op de gelijkenis met het “bezit van de schuldvordering” in art. 1240 BW (*supra*).

Wanneer er evenwel onvoldoende uitwendige feiten zijn die op het “bezit” van een vertegenwoordigingsmacht wijzen, bestaat er wel een normale en redelijke onderzoekslast. Deze zal des te groter zijn naarmate er minder feiten zijn die uit een handeling of gedraging van de vertegenwoordigde zelf voortvloeien²⁴. M.i. zal de onderzoekslast ook groter zijn bij handelingen waarbij de vertegenwoordigde om niet wordt verbonden dan bij handelingen waar dit onder bezwarende titel gebeurt. Voorbeelden daarvan heb ik in de rechtspraak echter niet gevonden (misschien juist omdat de vertrouwensbescherming in dergelijk geval zeldzaam is).

²³ M.i. ten onrechte ziet men dit vaak als een vraag betreffende het bewijs van de lastgeving, bv. in het geval dat ter sprake komt in Cass. 9-2-1978, *JT* 1978, 361 = *RW* 1978-79, 31; J. STEVENS, *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, nr. 540; P. LAMBERT, , *Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles*, Nemesis Brussel (2)1988, 314. In de rechtspleging tot ontkenenis van proceshandeling rijst echter de vraag naar het bewijs niet : de cliënt kan enkel ofwel de gestelde handeling bevestigen of bekrachtigen, of zijn lasthebber desavoueren.

²⁴ Voor een gemotiveerde afwijzing van vertegenwoordiging krachtens schijnmandaat door een werknemer van een bedrijf (niet op briefpapier bedrijf, geen vermelding van functie binnen bedrijf, geen gebruik van firmastempel e.d.), zie Hof Brussel 18-4-1996, *AJT* 1996-97, 353 noot B. CATTOIR.

De derde moet niét onderzoeken of de bevoegdheid in de inwendige verhouding niet achteraf is herroepen. Aan de (uitwendige) vertegenwoordigingsmacht komt géén einde door de herroeping zelf, maar slechts door de kennisname daarvan door de wederpartij (art. 2005 BW)²⁵. Naar andere gronden ter beëindiging van de inwendige bevoegdheid, kan er mogelijks wel een onderzoekslast bestaan : art. 2009 BW bepaalt immers dat er gebondenheid is ten aanzien van “derden te goeder trouw”²⁶.

(24. GEEN BEMOEIENIS MET INWENDIGE VERHOUDING) Minder zekerheid is er omtrent de regel in het omgekeerde geval - het geval waarin de wederpartij wel kennis heeft van de herroeping, maar deze ongeldig is krachtens de inwendige verhouding tussen lastgever en lasthebber (of tussen de verschillende lasthebbers, e.d.m.). Kan de wederpartij zich op die ongeldigheid beroepen, of is dit voor haar een *res inter alios acta* ? Over deze vraag is nauwelijks iets te vinden. In de logika van de traditionele opvatting over vertegenwoordiging (die nu ook in ons land voorbijgestreefd sinds het arrest-*Cuivre-et-Zinc*) zou de derde die ongeldigheid moeten kunnen opwerpen om de lastgever aan de handeling te houden. De hedendaagse opvattingen gaan evenwel uit van een duidelijker scheiding tussen de inwendige en de uitwendige verhouding. In geval van kennisgeving door de vertegenwoordigde aan de wederpartij, heeft deze met de inwendige verhouding geen zaken, noch om na te gaan of een schijnbare bevoegdheidsverlening werkelijk bestaat, noch om de herroeping aan te vechten wanneer zij ondanks de kennisgeving daarvan toch met de lasthebber handelt²⁷. Het is slechts anders indien de wederpartij precies één van de partijen is ten wiens gunste de onherroepelijkheid gold - bv. de kredietverlener in wiens voordeel een lasthebber een hypothekaire volmacht heeft gekregen²⁸. Voor zover de wederpartij evenwel geen (subjektief) recht heeft op het behoud van de vertegenwoordigingsmacht, heeft zij zich niet te moeien met de inwendige verhouding. Dit laatste is niet zozeer uitdrukking van het vertrouwensbeginsel, maar veeleer van de privaatautonomie, gekoppeld aan het feit dat de derde er normaal ook geen nadeel door kan lijden; mocht dit wel het geval zijn, dan moet er wel een afweging plaatsvinden : de derde kan zich dan tegen de herroeping verzetten voor zover die desbewust te zijnen nadele geschiedt.

²⁵ Het is de herroeper die daartoe de nodige maatregelen moet nemen - zie voor een uitwerking daarvan bv. Hof Bergen 16-12-1996, *TBH* 1997, 800 met noot.

²⁶ Zie A. van OEVELEN, “De zgn. “subjectieve” goede trouw in het Belgische materiële privaatrecht (in het bijzonder in de materies die het notariaat aanbelangen)”, *TPR* 1990, (1093) 1113 nr. 21 en voetnoot 62.

²⁷ Zie bv. art. 17 (c) van de Unidroit Konventie betreffende de vertegenwoordiging in de internationale verkoop van goederen, Genève 17-2-1983 : “*The authority of the agent is terminated on revocation by the principal or renunciation by the agent, whether or not this is consistent with the terms of their agreement*”. Vgl. W. van GERVEN, *Algemeen deel*, p. 463 : “tegenover derden te goeder trouw zal de herroeping van een onherroepelijk bedongen volmacht niettemin uitwerking hebben”.

²⁸ Voor gevallen van de laatste soort, zie mijn bijdrage “Hoever reikt de regel van de onherroepelijkheid van een lastgeving van gemeenschappelijk belang - in het bijzonder bij enkele toepassingen in de notariële praktijk”, *T Not* 1996, 7 v.

Uit het voorgaande volgt m.i. dat de wederpartij geen keuze kan hebben om de overeenkomst die zij door tussenkomst van een onbevoegde tussenpersoon heeft gesloten overeenkomst te aanvaarden dan wel te verwerpen. Een dergelijk keuzerecht is in strijd met gebondenheid van die wederpartij aan haar eigen woord. Indien de vertegenwoordigde gebonden is op grond van een “schijnmandaat”, mag de wederpartij geen kosteloze optie hebben om zich al dan niet van de overeenkomst af te maken, zoals een arrest van het Hof van Beroep - ten onrechte - aanvaardde²⁹. Deze oplossing is verder ook onjuist omdat de onbevoegd vertegenwoordigde de handeling kan bekrachtigen (altans wanneer dit tijdig geschiedt) zonder dat de wederpartij dit kan beletten.

(25. BESLUIT) Ook uit de hedendaagse stand van zaken bij vertegenwoordiging blijkt m.i. dat het recht op de eerste plaats uitgaat van de normale betekenis van uitwendige feiten, die echter wordt bijgestuurd op grond van andere beginselen (zelfbeschikkingsbeginsel, wederkerigheidsbeginsel, mogelijks risikobeginsel). Het is voorbijgestreefd om nog te spreken in termen van “schijn” en “werkelijkheid” : de rechtelijke werkelijkheid is namelijk dat men gebonden is aan het optreden van de tussenpersoon die in het “bezit” is van vertegenwoordigingsmacht. Men kan dit niet herleiden tot een loutere schijn, net zomin als het bezit in het zakenrecht kan worden herleid tot een schijn van eigendom (integendeel is het veeleer de eigendom die op het bezit is gegrond dan omgekeerd).

Niet voorbijgestreefd is daarentegen de vraag naar de nauwkeurige voorwaarden waaronder de gebondenheid precies ontstaat. Het is hier dat het evenwicht moet worden gevonden tussen rechtszekerheid en billijkheid : de rechtszekerheid die een typologisering eist, en de billijkheid die geneigd is tot een beoordeling *in concreto*.

3. Nietigheden van handelingen van echtgenoten gesteld zonder medewerking van de andere.

(26. TYPOLOGIZERING VAN HANDELINGEN BEPAALT VERTROUWENS BESCHERMING) Dit vraagstuk is van dezelfde aard als dat van de schijnvertegenwoordiging, al lijken de regels verschillend³⁰. In wezen gaat het echter ook om de vraag of een partij wiens handelingen “normaal” het gezin vertegenwoordigen (nl. één van beide echtgenoten) bindend zijn of niet. Wel is de beteugeling vrij verschillend van die bij onbevoegde vertegenwoordiging; omwille van de bescherming van het gezin is ook de handelende partij zelf niet gebonden, en in beginsel ook niet aansprakelijk jegens de wederpartij. De gebondenheid wordt door

²⁹ Hof Brussel 17-2-1982, *RJI* 141.

³⁰ Voor een veel uitvoeriger behandeling van deze vragen, zie N. GEELHAND, “Het vertrouwensbeginsel als instrument van belangenafweging in het huwelijksvermogensrecht”, *TPR* 1994, 5 v. GEELHAND bespreekt veel meer aanzichten dan hier aan bod komen, en onze behandeling is dan ook een wat grove vereenvoudiging.

de wet geschakeerd naargelang het een handeling is die “normaal” door één van beide partijen wordt afgehandeld, dan wel slechts door beiden.

Sommige handelingen zijn zo wezenlijk voor het gezin, dat de wet zelfs niet spreekt van een bescherming van de wederpartij te goeder trouw³¹ in geval de handeling slechts door één echtgenoot wordt verricht en op verzoek van de andere wordt vernietigd. Dit geldt voor handelingen betreffende het recht op de voornaamste gezinswoning en de huisraad ervan (art. 215 BW. j° 224). Hier is het vertrouwen van de wederpartij slechts beschermd door 1° zelf de instemming van de andere echtgenoot te bekomen of 2° de korte verjaring. Het stilzitten van de beschermde partij gedurende één jaar doet de aanspraak verjaren. De termijn loopt weliswaar slechts vanaf de kennisname, doch ook dit is verklaarbaar vanuit het vertrouwensbeginsel. Het is immers het stilzitten met kennis van zaken dat normaal betekent dat men akkoord gaat. De wederpartij heeft het beginpunt van de termijn overigens zelf in handen : zij hoeft de niet bij de handeling betrokken echtgenoot maar in kennis te stellen van de handeling.

Bij echtgenoten met een stelsel van gemeenschap van goederen vergt een hele reeks andere handelingen in beginsel ook de toestemming van de andere echtgenoot, maar wordt de wederpartij “te goeder trouw” wel beschermd (art. 1422 BW). Het betreft hier handelingen waarvan namelijk niet altijd vanzelf spreekt dat zij met toestemming van beiden dienen te gebeuren (dit hangt namelijk af van de inwendige verhouding, nl. welk huwelijksgoederenstelsel de echtgenoten hebben, welke goederen gemeenschappelijk zijn, e.d.m.). Vermits de handelingen zelf wel in de wet zijn opgesomd, geldt hier een onderzoekslast ten aanzien van de vraag of een afzonderlijke handeling daaronder valt of niet. Deze onderzoekslast dient in beginsel niet verder te reiken dan het nazicht van het huwelijksgoederenstelsel en de wettelijke publikaties (bv. van een rechterlijk vervreemdingsverbod - publikatie daarvan is niet in alle gevallen voorgeschreven).

Wanneer de wet de bestuursbevoegdheid van echtgenoten niet beperkt, dan heeft een mogelijke konventionele beperking in stelsels van gemeenschap van goederen in ieder geval géén uitwendige werking. Dit volgt uit art. 1451 BW (deze bepaling sluit niet uit dat er in de inwendige verhouding beteugeling mogelijk is bij wanbeheer of het niet-naleven van andere inwendige afspraken).

De wetgever zelf is met andere woorden vrij ver gegaan in het typologizeren, in het “verscherpen” van de regel.

4. Schuldvorderingspapieren

³¹ Ook de rechtspraak verleent die in beginsel niet : Cass. 27-11-1987, *Pas* 301.

(27. LETTERLIJK KARAKTER) Schuldvorderingspapieren zoals de wisselbrief, het orderbriefje, de cheque e.d., maar ook aandelen en obligaties, zijn bedoeld om te worden verhandeld, om te worden overgedragen aan derden die niet bij de uitgifte (oorspronkelijke verhouding) betrokken waren. De uitgifte ervan is een handeling die maatschappelijk gezien i.h.b. erop gericht is het vertrouwen van derde-houders in de goede afloop te wekken. Het is dan ook niet verwonderlijk dat het vertrouwensbeginsel in de verhouding tot die derde-houders zwaar doorweegt en slechts zelden moet wijken voor andere rechtsbeginselen. Waardepapieren zijn “sterke” vertrouwensfeiten.

Het onversneden vertrouwensbeginsel staat hier min of meer gelijk met het “letterlijk” karakter van dergelijke papieren. Voor alle waardepapieren geldt als regel geldt dat de aanspraak van de houder diegene is die naar redelijkheid uit de letter van het papier kan worden afgeleid³². De betekenis daarvan hangt dus af van de vermeldingen op het papier en de stukken waarnaar mogelijks in dat papier zelf wordt verwezen. Ze is geabstraheerd van die gegevens van de oorspronkelijke verhouding die níét uit het papier volgen volgens de normale uitleg daarvan. Dit wil zeggen dat een partij een verweermiddel uit een andere verhouding dan die met de partij met wie het geschil loopt, niet tegen die partij kan opwerpen indien het niet uit het papier zelf is af te leiden, tenzij het uit de wet zelf voortvloeit.

(28. BEPERKTE BIJSTURING VAN HET VERTROUWENSBEGINSEL BIJ WISSEL EN CHEQUE) De bijsturing van het vertrouwensbeginsel, de wijze waarop het wordt versneden met andere beginselen, is vrij nauwkeurig aangegeven in de wetgeving op de Wisselbrief en het Orderbriefje en in de Chequewet.

- Voor zover de wisselbrief, zoals hij is ingevuld, vrijwillig in het verkeer is gebracht, kan de wisselschuldenaar de verweermiddelen die hij tegen een bepaalde partij zou kunnen aanvoeren op grond van de rechtsverhouding tussen hen, niet tegenwerpen aan een derde-houder, tenzij deze bij de verkrijging desbewust ten nadele van de schuldenaar heeft gehandeld (art. 17 Wisselbriefwet; vgl. art. 22 Chequewet).

- Voor zover de wisselbrief vervalst werd in de zin dat hij volledig is gemaakt in strijd met de aangegane overeenkomsten (bedoeld is de overeenkomst met een voorgaande houder, normaal de trekker), kan dit reeds worden tegengeworpen aan de navolgende houder zodra deze te kwader trouw was. Daaronder is ook begrepen, het geval dat hij door grove schuld geen weet heeft van de vervalsing (art. 10 Wisselbriefwet, vgl. art. 13 Chequewet). Bij de cheque gaat het vertrouwensbeginsel zelfs zo ver dat ook het verlies, de diefstal of het verkeerd gebruik van chequeformulieren tot aansprakelijkheid leidt, behoudens bedrog of grove schuld van de betrokkene die uitbetaalt (art. 25 *bis* Chequewet).

³² Vgl. P. van OMMESLAGHE, "La transmission des obligations en droit positif belge", in *La transmission des obligations*, IXes journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, Brussel 1980, (81) 113-114 nr. 32 en 39) : "toute la densité en negotium dépend de la présentation de l'instrumentum" (JULLIOT de la MORANDIERE, *Droit commercial*, Dalloz Parijs, II, nr. 13).

De gradatie is begrijpelijk : in het eerste geval is het vertrouwen namelijk geheel aan de ondertekenaar te wijten, in het tweede slechts ten dele. Een (overigens beperkte) onderzoekslast geldt slechts voor zover de autonomie van de tegenpartij werd geschonden.

Hoewel soms versneden, blijft het vertrouwensbeginsel bij genoemde waardepapieren dus duidelijk heersend. Het maakt bv. dat níet dezelfde onderzoekslast geldt die bij gebrek aan dergelijk papier zou kunnen gelden.

(29. BIJSTURING BIJ ANDERE SCHULDVORDERINGSPAPIEREN) Dezelfde regels moeten in beginsel ook gelden voor andere schuldvorderingspapieren, bv. aandelen³³ en (al dan niet konverteerbare) obligaties aan toonder. Ook hier kan een partij een verweermiddel uit een andere verhouding dan die met de partij met wie het geschil loopt, niet tegen die partij opwerpen indien het niet uit het papier zelf is af te leiden, tenzij het uit de wet zelf voortvloeit.

Toch valt er een neiging te bespeuren om deze regels, die onverkort gelden voor getrokken waardepapieren, te schakeren, en een onderzoekslast aan te nemen naar statutaire bepalingen (bv. statutaire vervreemdingsbeperkingen), voor zover deze op de wettelijke wijze zijn gepubliceerd³⁴. Met anderen³⁵ heb ik in het verleden³⁶ tegen een dergelijke verfijning gepleit, omdat wie aandelen aan toonder uitgeeft, daar de abstraktie moet bijnemen.

(30. WERKELIJKE WIL NIET TERZAKE INDIEN NIET GEMEENSCHAPPELIJK) Schuldvorderingspapieren zijn een duidelijk voorbeeld waarbij een gebondenheid ontstaat los van de “werkelijke wil” van de belover (bv. de acceptant van een wisselbrief). Dat de wil van de belover er niet in bestond onvoorwaardelijk te betalen doet, in het geval waarin een bepaalde formele uitwendige verklaring (bv. wisselbrief) werd afgegeven, niet terzake, alans niet jegens de

³³ Een aandeel is natuurlijk meer dan een schuldvorderingspapier; het is ook een lidmaatschapspapier omdat het ook lidmaatschapsrechten belichaamt. Maar dit maakt voor onze vraag hooguit een gradueel en geen wezenlijk verschil.

³⁴ In dergelijke richting gaan bv. K. GEENS, "Vooronderstelt een aanvaardingsclausule in een naamloze vennootschap dat de aandelen op naam zijn ?", *TRV* 1989, 414 v.; J. LIEVENS, *De nieuwe Vennootschapswet (wet van 18 juli 1991)*, Mys & Breesch, Gent 1991.

³⁵ Vgl. N. VERHEYDEN-JEANMART & Ph. HAMER, "Les tiers et les contrats constitutifs ou translatifs de droits réels", in *Het kontrakt en de derden - de uitwendige gevolgen - de derde-medeplichtigheid*, BVBJ - Vlaams Pleitgenootschap - Jeune Barreau Brussel 1995, (9) 38.

³⁶ O.m. in "Overdracht van roerende goederen, vestiging van pandrecht, eigendomsvoorbehoud : een poging tot systematisatie", in *Het zakenrecht : absoluut niet een rustig bezit, XVIII^o Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1991-1992*, Kluwer Antwerpen 1992, (403) 458 v. en in "De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten : zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, *pauliana* en aanverwante leerstukken", in *Het kontrakt en de derden - de uitwendige gevolgen - de derde-medeplichtigheid*, BVBJ - Vlaams Pleitgenootschap - Jeune Barreau Brussel 1995, (119) 143 v.

schuldeiser, tenzij deze zelf ook met die voorwaarden heeft ingestemd³⁷. Met andere woorden : als er een “gemeenschappelijke wil” is, heeft die in beginsel voorrang, maar de afwezigheid ervan betekent niet dat er geen gebondenheid is. Er is integendeel wel gebondenheid aan de uitwendige verklaring.

IV. WIL EN VERTROUWEN BIJ DE TOTSTANDKOMING EN UITLEG VAN VERBINTENISSEN UIT OVEREENKOMST

1. Algemene vraagstelling en historische achtergrond.

(31. STELLING) *Pièce de résistance* van elke uiteenzetting over het vertrouwensbeginsel in het verbintenissenrecht blijft natuurlijk de rol die dit beginsel speelt bij het ontstaan van verbintenissen *ex contractu*. In hoeverre ontstaan verbintenissen *c.q.* schuldvorderingen op een prestatie door een wederpartij omdat die wederpartij vertrouwen op die prestatie heeft opgewekt ? En welk vertrouwen is daarbij noodzakelijk *c.q.* voldoende ?

De hier verdedigde stelling is dat het vertrouwen niet louter een bijsturing is van het beginsel dat verbintenissen *ex contractu* ontstaan uit de wil van partijen, maar dat omgekeerd de eerbied voor de wil, of liever voor het zelfbeschikkingsrecht van de wederpartij een bijsturende werking heeft ten aanzien van ieders gebondenheid aan zijn uitwendige handelingen, of altans bepaalde categorieën daarvan³⁸. Voor teveel Belgische³⁹ juristen is dit wellicht nog een uitdagende stelling, en misschien vormt ze niet *the law in the books*, maar ze beantwoordt aan de operationele toestand van ons recht. Er zijn teveel scheeftrekkingen ten aanzien van de wilsleer in de rechtspraak, die veel gemakkelijker verklaarbaar zijn vanuit de zopas gegeven stelling. Het moge blijken dat de operationele regel in ons recht, die een evenwicht zoekt tussen beide beginselen, minder en minder wordt bepaald door de vaststelling van feiten, zoals een “feitelijke wil”, en meer en meer door verplichtingen en lasten (*Obliegenheiten*), waarvan de intensiteit precies afhangt van (onder meer) de mate waarin een gedraging

³⁷ Cass. 7-6-1963, *Pas.* 1065.

³⁸ In die zin schrijft VEROUGSTRAETE, *TPR* 1990, 1164 nr. 2, terecht dat de “vertrouwensleer” een naar de werkelijke wil verwijzend korrektief is op de verklaringsleer. In mijn bewoordingen zou ik stellen dat in ons recht het zelfbeschikkingsbeginsel een bijsturing vormt op het vertrouwensbeginsel (vertrouwen op de verklaring).

³⁹ Varianten op onze stelling zijn sinds lang gemeengoed in vele andere landen. Zie bv. voor het Zwitserse recht A. SIMONIUS, "Die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre", *Festgabe der Basler Juristenfakultät zum schweizerischen Juristentag september 1942*, Helbing, Basel 1942, 235 v. ("Das Vertrauensprinzip verlangt daß eine Willenserklärung so wirke, wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben verstehen mußte" en verder "Dass alle geschriebenen und ungeschriebenen Regeln über die Auslegung von Verträgen letzten Endes auf das Vertrauensprinzip zurückgehen und in ihm ihre Erklärung finden, ist so bekannt, dass hier darauf nicht einzutreten ist"); -, "Du principe de la confiance et des dérogations qu'il subit en droit suisse", *Sem. Jur.* 1949, 505 ("le principe selon lequel l'effet d'une déclaration de volonté dépend du sens que doit lui attribuer le destinataire s'il se comporte en homme honnête et diligent, en «reasonable man»").

vertrouwen opwekt enerzijds en de autonomie waarover een partij werkelijk beschikt anderzijds⁴⁰.

Ik meen de onjuistheid te kunnen aantonen van de stelling, die men soms nog leest⁴¹, dat het vertrouwensbeginsel in ons recht géén rol speelt tussen overeenkomstsluitende partijen. Het onderscheid tussen verhoudingen tussen overeenkomstsluitende partijen en verhoudingen met derden moet overigens worden verbetrekkelijkt : het aanvaarden van een vertegenwoordiging krachtens schijnmandaat komt er immers ook op neer dat iemand gebonden is aan een verklaring die hij niet heeft gewild (noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks, via volmachtverlening). Overigens kan het er ook juist om gaan met wie de overeenkomst is gesloten : met de “vertegenwoordiger” of met de “vertegenwoordigde” - zoals blijkt uit bv. de ARCO-invaliditeitsverzekeringszaak⁴². Wél is het zo dat de motieven die bv. Verougstraete geeft om de vertrouwensleer enkel ten aanzien van derden te laten spelen (met name een onderzoekslast van overeenkomstsluitende partijen naar elkaars subjektieve wil)⁴³, goede redenen zijn om het vertrouwensbeginsel tussen overeenkomstsluitende partijen anders, mogelijks verregaander, bij te sturen dan ten aanzien van derden. Het vertrouwensbeginsel werkt bij het ontstaan van verbintenissen *ex contractu* in het algemeen minder sterk dan in een aantal meer specifieke, hierboven beschreven, gevallen. Ook in het NBW zijn de maatstaven voor de rechtmatigheid van het vertrouwen tussen overeenkomstsluitende partijen enigszins anders verwoord (vergelijk art. 3:35 en 3:36 NBW). Maar men kan daaruit niét afleiden dat het beginsel, dat partijen gebonden zijn omdat ze vertrouwen hebben opgewekt, niet een belangrijke rol zou spelen. Enkel zijn er, door de versnijding met andere beginselen, strengere maatstaven voor de rechtmatigheid van het vertrouwen.

(32. VERTROUWENSBEGINSEL EN PARTIJ-AUTONOMIE) Om genoemde stelling te adstrueren is het vooreerst nodig een klassiek misverstand opzij te zetten. Het antwoord op de vraag of verbintenissen tot, *c.q.* schuldvorderingen op, een prestatie ontstaan omdat het vertrouwen op die prestatie werd opgewekt dan wel

⁴⁰ Dit sluit aan bij de fundamentele breuk die mijn mede-*preadviseur* J. VRANKEN reeds eerder zichtbaar zag worden in ons recht, met name door de ontwikkeling van mededelings- en onderzoeks*Obliegenheiten* en -plichten, waardoor niet zozeer meer de bevoegdheid, wilsmacht centraal staat, maar de rechtsverhouding waarin partijen staan en waarin ze zich over en weer mede door de belangen van de ander moeten laten leiden (J.B.M. VRANKEN, "Enkele gedachten over de invloed en betekenis van de factor tijd in het privaatrecht", *RMT* 1986, 424-425).

⁴¹ Zo bv. VEROUGSTRAETE, die schrijft dat het rechtmatig vertrouwen in ons recht “géén oplossing kan bieden voor de problemen ontstaan doordat de declarant zich niet wilde verbinden of doordat hij zich niet wilde verbinden tot hetgeen waartoe hij zich schijnbaar heeft verbonden, of nog, doordat hij gedwaald heeft” (*TPR* 1990, (1163) 1195-1196).

⁴² Hof Brussel 26-5-1992, *TBBR* 1993, 333 v.

⁴³ “In een gerichte eenzijdige verklaring of tussen toekomstige contractanten, volstaat in beginsel het vertrouwen gewekt door de verklaring niet om een overeenkomst tot stand te brengen. Het recht verplicht eerst na te gaan wat de beweerde contractanten effectief gewild hebben” (VEROUGSTRAETE, *TPR* 1990, 1195).

omdat het ontstaan van die verbintenis was gewild, staat namelijk in beginsel los van de vraag naar de omvang van de vrijheid van overeenkomst (privaatautonomie)⁴⁴. De omvang van de privaatautonomie - en over de nauwkeurige omvang daarvan bij het afkondigen van de *Code Napoléon* in 1804, die in dit gebied nog steeds ons Belgisch BW vormt, kan worden getwist⁴⁵ - is niet bepalend voor het antwoord op deze vraag. Zo bv. is een zuivere verklaringsleer, volgens dewelke partijen gebonden zouden zijn aan hun verklaringen en niet aan de werkelijke wil, volmaakt te verzoenen met een strenge handhaving van een verbod voor de rechter om in te grijpen in overeenkomsten. Het is veeleer de behoefte aan zekerheid, en niet de scheppende kracht van de wil, die de grondslag vormt voor de "bindende kracht van de overeenkomst" als dusdanig⁴⁶.

Nu is het wel duidelijk dat de "moderne" rechtsdenkers destijds een beginselmatige keuze hebben gemaakt om binnen het domein van het economische (maar zeker niet binnen het domein van het familiale, noch van het overheidsoptreden) verbintenissen zoveel mogelijk vast te knopen aan de vrijwillige gedraging van de betrokkenen (veeleer dan aan hun maatschappelijke *status*)⁴⁷. Het is ook juist dat dit in beginsel ook een "liberale" keuze was, een keuze voor een decentralisatie van de economische beslissingen, en dus een - gedeeltelijke - keuze voor de privaatautonomie tegen de overheid - binnen de grenzen van de openbare orde en goede zeden. Maar dit hield geen keuze in voor een voluntaristische opvatting van de verhouding *tussen* partijen. Verbintenissen vastknopen aan vrijwillige gedragingen betekent nog niet dat de rechtsbetekenis van die gedraging wordt gelijkgesteld met de rechtsgevolgen die de handelende persoon daarmee zou hebben bedoeld. De *framers* van de uitdrukking

⁴⁴ Het grootste deel van de motivering van VEROUGSTRAETE's preadvies heeft betrekking op de vrijheid van overeenkomst en de beperkende werking van de goede trouw, maar is m.i. niet dienend voor de vraag die ons hier bezighoudt.

⁴⁵ Zie in het bijzonder G. ROUHETTE, "La force obligatoire du contrat", in *Le contrat aujourd'hui. Comparaisons franco-anglaises*, (red. D. Tallon & D. Harris), LGDJ Parijs 1987, (27) 29 v. en in engelse vertaling in *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, Clarendon Oxford 1989, 41 v.

⁴⁶ Vgl. bv. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Rousseau Paris 1923, I nr. 15 p. 32; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst, Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Larcier Brussel 1977, 30-31; A. van OEVELEN, "Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht", in *Algemene rechtsbeginselen* (red. M. van Hoecke), Kluwer Antwerpen 1991, (96) 117. Nog op het einde van de negentiende eeuw geeft F. LAURENT in zijn *Principes de droit civil*, XVI, nr. 179 als éniig motief voor de bindende kracht van de overeenkomst de noodzaak "*d'enchaîner le juge pour prévenir l'arbitraire*" ! M.i. is het niet zozeer de behoefte aan rechtszekerheid in enge zin die dit eist, dan wel de behoefte aan zekerheid in het verkeer. Immers, de regel invoeren dat elkeen zijn overeenkomsten ten allen tijde kan opzeggen, kan een even grote rechtszekerheid bieden, maar geen zekerheid in het verkeer.

⁴⁷ Zie voor de evolutie "*from status to contract*", behalve het klassieke werk van H.S. MAINE, meer bepaald N. LUHMANN, o.m. "Subjektive Rechte. Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft", in *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 45 v. Vgl. ook diens "Zur Funktion der subjektiven Rechten", 1. *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, ook in *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp Frankfurt am Main 1981, 360 v.

"bindende kracht van de overeenkomst" zagen natuurlijk in dat de wil alleen nooit een afdoende verklaring kan geven voor de gebondenheid aan een overeenkomst, omdat ze niet kan verklaren waarom men zijn wil niet zou mogen veranderen, waarom men gebonden blijft nadat men niet meer wil⁴⁸. De wilsleer vinden we dan ook niet terug in de *Code Napoléon*, en is veeleer een voortbrengsel van de romantische hermeneutiek. Gebiologeerd als deze was door het misverstand als oorsprong van alle kwaad⁴⁹, ging zij namelijk beloften begrijpen als de manifestatie, de openbaring van een desnoods verborgen betekenis, net zoals zij de Heilige Schrift begreep. Dit blijkt duidelijk in bv. de geschriften van F.C. von Savigny, waarvan de gedachten sterke gelijkenis vertonen met die van de theologische hermeneutiek van de door mijn mede-preadviseur (nr. 13 a) aangehaalde Schleiermacher. Savigny schreef :

*"Denn eigentlich muß der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden, und nur weil er ein inneres, unsichtbares Ereignis ist, bedürfen wir eines Zeichens, woran er von Anderen erkannt werden könne, und dieses Zeichen, wodurch sich der Wille offenbart, ist eben die (Willens)erklärung"*⁵⁰.

Het is deze rechtelijke openbaringsteologie die we nog steeds terugvinden in de heersende opvatting van de rechtshandeling als een "op rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard"⁵¹.

⁴⁸ Zie voor een uitwerking van dit argument bv. S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, v. Breitkopf & Härtel Leipzig 1876, 81 v., 88 v., i.h.b. 90; F. BYDLINSKI, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*, Springer, Wien 1967, Hst. VIII, p. 66 v.

⁴⁹ Zie over de betekenis van het "misverstand" als grondbegrip van de romantische hermeneutiek H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Mohr Tübingen 1975, 167 v., 173 v. Zoals Schleiermacher o.m. in de theologische hermeneutiek de nadruk legde op het misverstand, heeft Savigny het "misverstand" uitgevonden als een apart leerstuk in de rechtsleer, door een scheiding te maken tussen de zgn. verhinderende dwaling (misverstand) en de eigenlijke dwaling (zie zijn *System des heutigen römischen Rechts*, III, app. VIII, 34). Hieronder (randnr. 37) zal worden betoogd dat het misverstand als apart leerstuk best terug verdwijnt, en dat het verschil tussen het misverstand en de eigenlijke dwaling een stuk kleiner is dan in de leer van Savigny : in beide gevallen gaat het om de "voorstelling van zaken" die een partij zich maakt.

Over de verhouding tussen Savigny en Schleiermacher, zie o.m. ook J.B.M. VRANKEN, *Kritiek en methode in de rechtsvinding, een onderzoek naar de betekenis van de hermeneutiek van H.G. Gadamer voor de analyse van het rechterlijk beslissingsgebeuren*, Kluwer Deventer 1978, 58 v.

⁵⁰ F.C. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I § 134. De oudste mij bekende uitdrukkelijke verwoording van de wilsleer aan de hand van het begrip rechtshandeling is iets eerder te vinden, nl. bij G.A. HEISE, *Grundriß eines Systems des gemeinen Zivilrechts zur Beruf von Pandekten-Vorlesungen*, derde uitgave, 1819 (zie de geschiedenis van dit begrip bij S. SCHLOSSMANN, "Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Kritisches und Dogmengeschichtliches", in *Festgabe der Kieler Juristenfakultät zu Albert Hänel's fünfzigjährigem Doktorjubiläum*, Kiel-Leipzig 1907, 48 v.).

⁵¹ Dit is de omschrijving van art. 3:33 NBW, opgesteld door E.M. MEIJERS, doch deze opvatting vinden we terug bij alle traditionele auteurs in ons land. Zie bv. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I nr. 22 : "*Premier élément constitutif de l'acte juridique : la volonté. (...) Le consentement est donc la volonté pure et simple (...) Toute volonté suppose une manifestation (...) Notre droit est exclusivement basé sur le système de la volonté réelle. C'est la seule qu'il importe de*

Nu kan men wellicht verdedigen dat de wilsleer historisch gezien een zeer nuttige rol heeft gespeeld door in het overeenkomstenrecht een grotere mate van subjektivering te brengen, door de strekking naar een grotere autonomie tegen de overheid te ondersteunen, of door de mens te ontvoogden van een heersende moraal. Maar daarom hoeft men deze leer nog niet als verklaringsmodel voor het recht te aanvaarden.

(33. BELOFTE ALS BESCHIKKING, GEEN WILSMEDEDELING) De stelling dat het in ons overeenkomstenrecht niet gaat om de vaststelling van feiten, zoals een "feitelijke wil", is weliswaar in strijd met de nog steeds heersende opvatting over de overeenkomst. Maar deze opvatting vindt nauwelijks steun in de wet (die van 1804 dateert) en de daaraan ten grondslag liggende opvattingen. De *Code Napoléon* gaat namelijk niét uit van de toestemming als een "manifestatie" van een achterliggende wil, van deze typisch romantische ontdubbeling tussen "schijn" en "werkelijkheid". De *Code Napoléon* ziet de toestemming niet als een mededeling (van een feitelijke wil), maar als een *beschikking*. Art. 1320 BW maakt - in navolging van Pothier⁵²- uitdrukkelijk een onderscheid tussen een *disposition* en een *énonciation* in geschriften, of, om het in Nieuwenhuis' bewoordingen te zeggen, tussen beschrijvend ("een stand van zaken") en performatief taalgebruik⁵³. Anders dan de heersende leer vandaag ons nog steeds wil doen geloven, is de belofte - ook in de *Code Napoléon* - niet te herleiden tot een handeling waarmee iets wordt meegedeeld, maar is zij integendeel een handeling waarmee iets wordt gedaan, waarmee men over zijn recht (zijn vrijheid) beschikt. *Het gaat bij een belofte immers geenszins om de "waarheid" van haar bewoordingen, maar om de gebondenheid eraan, de gelding ervan*⁵⁴. Het is merkwaardig dat Meijers, die genoemd onderscheid zeer goed kende⁵⁵, desondanks in zijn ontwerp voor een nieuw BW (huidig art. 3:33 NBW) bezweken is voor het deskriptivistisch vooroordeel⁵⁶.

rechercher"; W. van GERVEN, *Algemeen deel*, nr. 102 : "Om het ontstaan te kunnen geven aan een rechtshandeling moet de wil aan drie vereisten voldoen : hij moet volwaardig zijn, rechtsgevolgen beogen en geuit zijn tot hem, die de rechtsbetrekking betreft"; F. DUMON, "De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten", *RW* 1978-79, (257) 287 "(in verband met de uitlegging van overeenkomsten) in werkelijkheid is er maar één wil : de werkelijke wil. Die welke de uitgedrukte wil wordt genoemd is er geen : het betreft slechts de onvolledige, onjuiste, onhandige, dubbelzinnige uitdrukking ... van de enige bestaande wil" en verder p. 289 "bij de uitlegging van de geschriften zijn de woorden ontegenzeggelijk belangrijk, doch ze zijn slechts middelen, een hulp, procédés om een gedachte, een bedoeling uit te drukken, om een vaststelling of een feit bekend te maken, zodat ze niet wezenlijk zijn, daar de uitlegger de gedachte, de bedoeling, de vaststelling of het feit moet trachten te weten te komen".

⁵² R.J. POTHIER, *Traité des obligations* nr. 736.

⁵³ J.H. NIEUWENHUIS, *Drie beginselen van contractenrecht*, 23 v.

⁵⁴ Zie verder mijn *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 47-48.

⁵⁵ Getuige zijn "Bijdrage tot de leer van het middellijk bewijs", *WPNR* (1913) 2290 e.v., meer bepaald 2312-2313 (in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen II*, (209) 236).

⁵⁶ Uitdrukking gebruikt door J.H. NIEUWENHUIS, *Drie beginselen van contractenrecht*, 24.

De "dispositieve" opvatting die in de *Code Napoléon* tot uiting komt, gaat terug op de metafoor waarmee Grotius de categorie "rechtshandeling" heeft gesticht door beloften te beschouwen als een vorm van vervreemding :

"ghelijckerwijs de macht die iemand heeft over sijn eighen goed zoo veel werckt dat hy door levering ofte toelating een ander mag eigenaer maecten, alzo oock vermag een mensch een deel, ofte veel eer een gevolg, sijns vrijheids aen een ander zulcks aenneemende over te draghen, zoo dat die andere eenig recht daer over werd geboren, welck recht inschuld werd genoemt"⁵⁷.

Met deze metafoor werd de categorie der rechtshandeling gesticht omdat twee traditioneel gescheiden categorieën van handelingen, namelijk de belofte ("toezegging") en de vervreemding, hier onder één noemer worden gebracht. Deze daadwerkelijke betekenis (de *Wirkungsgeschichte*) van die metafoor werd dan ook in het licht gebracht in de intussen reeds klassieke studies van o.m. Gorla⁵⁸ en Diesselhorst⁵⁹.

Deze metafoor verraadt evenwel ook duidelijk de onderliggende opvatting - die natuurlijk veel ouder is dan Grotius - over de bindende kracht van de overeenkomst, die ook aan de vroeg negentiende-eeuwse kodifikaties nog ten grondslag ligt. De schuldvordering op een prestatie wordt daarbij als een vorm van eigendom beschouwd; de schuldenaar is gebonden aan zijn woord en daad omdat deze aan de schuldeiser het *bezit* hebben verschaft over zijn vermogen - vermogen allereerst niet in materiële zin (*patrimonium*), maar in lijfelijke zin. Deze opvatting hoeft ons niet te verwonderen. De romeinsrechtelijke *obligatio* doelde oorspronkelijk immers niet op de schuld, maar op de *Haftung*, duidelijker nog de lijfswang van schuldenaar of - eerder wellicht - borg. De uitbreiding van het begrip *obligatio* naar de louter symbolische overlevering van de schuldenaar in de macht van de schuldeiser - die overigens gelijkloopt met de aanvaarding, in het zakenrecht, van de symbolische bezitsoverdracht d.m.v. het *constitutum possessorium* - nam voor de middeleeuwse mens, voor wie de symbolische werkelijkheid wellicht sterker was dan de materiële, de gebondenheid zeker niet weg. In die zin kan men dan ook stellen dat de bindende kracht van de overeenkomst wel degelijk berust op de "magie van het woord"⁶⁰. Taalhandelingen zijn namelijk symbolische handelingen bij uitstek. De lijfelijke kracht van het woord blijft overigens tot op heden bestaan in de uitvoerbare kracht van de notariële akte.

⁵⁷ H. de GROOT, *Inleidinge tot de Hollandse rechtgeleerdheid* III.1.12.

⁵⁸ G. GORLA, "Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico", *Rivista di diritto commerciale* 1956, I, 18, herdrukt in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffré Milaan 1981. De kritiek van Gorla op deze metafoor vinden we overigens *grosso modo* reeds bij S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, 92-100.

⁵⁹ M. DIESSELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, pr. Freiburg 1955, Böhlau, Köln/Graz 1959, p. 34 v.

⁶⁰ Titel van een diesrede van J.M. van DUNNE, Rotterdam 1987, Gouda Quint Arnhem.

(34. AFWEGING VAN AUTONOMIE EN VERTROUWEN) Natuurlijk betekent dit niet dat de wil geen rol zou spelen *c.q.* gespeeld hebben bij de totstandkoming van een rechtelijk bindende overeenkomst. Enkel moet de partij-autonomie, beter het zelfbeschikkingsbeginsel, anders worden gezien. Het gaat niet zozeer om wat partijen "feitelijk gewild" hebben, als wel om de eis om in zijn handelen voldoende rekening te houden met - eerbied te betonen voor - enerzijds het zelfbeschikkingsrecht van de wederpartij en anderzijds de verwachting die men bij de wederpartij opwekt. De Bondt schreef in dit verband 10 jaar geleden reeds zeer terecht :

*"De vraag behoort niet te zijn of de wil van de inferieure gebrekkig is; de vraag behoort te zijn of de superieure al dan niet in redelijkheid gebruik maakt van zijn rechtspositie"*⁶¹.

Het zelfbeschikkingsbeginsel betekent vereenvoudigd gezegd dat de *promissaris* niet beschermd wordt indien hij de belofte van de belover verkregen had met miskenning van diens zelfbeschikking. Kant's kategorische imperatief is m.i. met dergelijke opvatting van het zelfbeschikkingsbeginsel beter gediend dan met het abstracte vereiste van het gewild zijn van de rechtsgevolgen van zijn handeling.

De werking van ons recht kan daarbij niet tot één of twee simpele regels worden herleid; het feit dat meerdere rechtsbeginselen samenspelen, maakt precies dat er een hele reeks rechtsregels zijn, waarmee het recht de gedraging van partijen waardeert. Deze regels krijgen meer en meer de vorm van verplichtingen en/of lasten (*Obliegenheiten*) van partijen, in het bijzonder (maar niet alleen) bij het sluiten van overeenkomsten. Daar vinden we onder meer voorkontractuele mededelings- en onderzoeksplichten en -lasten, waarvan de intensiteit zoals gezegd afhangt van (onder meer) de mate waarin een gedraging vertrouwen opwekt en de autonomie waarover een partij werkelijk beschikt. Overigens spelen bij de konkretisering van deze regels naast het vertrouwensbeginsel en het zelfbeschikkingsbeginsel meermaals ook nog andere beginselen, zoals het wederkerigheidsbeginsel, een rol. Voor de werkelijke betekenis van het zelfbeschikkingsbeginsel in ons hedendaags stellig recht (dat nogal afwijkt van de "leer van de wilsautonomie" waarmee alle handboeken en overzichten plichtmatig beginnen) kan men geen beter leerstuk vinden dan dat van de mededelings- en onderzoekslasten, zeker niet als men nagaat hoezeer de omvang van deze plichten en lasten wordt bepaald door de maatschappelijke verhouding tussen partijen⁶².

Deze kijk, die nog steeds ten dele een veronderstelling is, maar dan wel reeds historisch onderbouwd, moet nu op zijn waarde worden getoetst. Daartoe bekijk ik de leerstukken die min of meer met "informatieele gebreken" te maken hebben :

⁶¹ W. de BONDT, "Gebruik en misbruik van economische machtspositie in het contractenrecht", *TBBR* 1987, (147) 156.

⁶² Zie bv. D. FRERIKS, "Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht", *TPR* 1992, 1187 v., in het bijzonders nrs. 39-53.

uitleg, misverstand, dwaling. Andere totstandkomingsvragen, meer bepaald machtsgebreken (gekwalficeerde benadeling, d.i. misbruik van omstandigheden bv.) komen niet nader ter sprake, omdat dit preadvies nu éénmaal beperkt moet zijn. Bij leerstukken als uitleg, misverstand, dwaling en veronderstelling (zij het niet uitsluitend) geschiedt de afweging van de - onder elkaar mededingende - rechtsbeginselen heden ten dage in termen van onderzoeks- en mededelingslasten. Daarbij is ook de vraag aan de orde in hoeverre daarbij wordt getypologiseerd, dan wel met alle omstandigheden rekening wordt gehouden (de spanning tussen rechtszekerheid en billijkheid). Aangezien voorkontractuele onderzoeks- en mededelingslasten in de rechtsleer tot op heden vooral in verband met dwaling en bedrog zijn onderzocht, wil ik daaraan wat minder aandacht besteden, en des te meer aan de leerstukken uitleg en misverstand.

2. Uitleg van rechtshandelingen: misverstand (diskrepanctie tussen wil en verklaring).

a) de juiste rol van de “wil” en de grondregels voor uitleg van obligatoire rechtsverhoudingen *ex contractu* - beginselen.

(35. VOORRANG VOOR DE “GEMEENSCHAPPELIJKE BEDOELING”) Hoe valt de hier verdedigde stelling te rijmen met een bepaling als art. 1156 BW, krachtens dewelke “men in de overeenkomsten (moet) nagaan welke de gemeenschappelijke bedoeling van de overeenkomstsluitende partijen is geweest, veeleer dan zich aan de letterlijke zin van de woorden te houden” ? Heel eenvoudig : wanneer er *daadwerkelijk* een gemeenschappelijke bedoeling van de overeenkomstsluitende partijen is geweest, dan vereist de eerbied voor de zelfbeschikking van de wederpartij dat de bedinger de wederpartij niét aan de letterlijke zin van diens woorden houdt. *Falsa demonstratio non nocet*. Deze zogenaamd interpretatieve rol⁶³ van de goede trouw, die in het romeins recht reeds tot ontwikkeling kwam, is eigenlijk een vorm van korrigerende werking.

Maar art. 1156 BW zegt niets over het geval waarin er niet daadwerkelijk een gemeenschappelijke bedoeling van de overeenkomstsluitende partijen is geweest. Hoe het geval dan moet worden opgelost, blijkt m.i. - ondanks de andersluidende retoriek - uit een al wat ouder cassatiearrest⁶⁴, waarin is beslist :

⁶³ De term interpretatieve werking van de goede trouw is m.i. ongelukkig, omdat zij een onjuiste tegenstelling impliceert met andere werkingen van de goede trouw (bv. de zgn. aanvullende werking) die niet interpretatief zouden zijn. Beide “werkingen” komen er immers op neer dat de rechtsbetekenis van de overeenkomst of rechtsverhouding wordt bepaald, d.w.z. dat de overeenkomst of rechtsverhouding in zijn rechtsbetekenis wordt uitgelegd. Bovendien is het zo dat, wanneer men vanuit de gebruikelijke betekenis van een rechtshandeling vertrekt, de zgn. interpretatieve werking eigenlijk een bijsturende werking is.

⁶⁴ Cass. 24-11-1965, *Arr* 398, verbreking.

"dat de rechter, die beslist een overeenkomst uit te leggen met afwijking van de letterlijke zin van de woorden, alleen dan aan een slecht uitgedrukte bedoeling de voorkeur mag geven op die zin, indien hij vaststelt dat zulks de gemeenschappelijke bedoeling van de kontrakterende partijen is geweest; dat het arrest, dat alleen wijst hierop dat mw. L. heeft bedoeld, zonder vast te stellen dat eiser dezelfde bedoeling heeft gehad, en dat op zulk een uitlegging steunt om het verweer van deze laatste te verwerpen, de in het middel aangeduide bepalingen schendt".

Met andere woorden : onder voorbehoud van een mogelijke vernietiging van de overeenkomst, zijn partijen gebonden aan de normale betekenis van hun verklaringen, tenzij zowel de *fidens* (de bedinger of promissaris) als de belover een - onderling gelijkkluidende - andere bedoeling hadden.

(36. VOORRANG VAN DE NIET GEDEELDE, MAAR WEL GEKENDE "BEDOELING" - VOORBEELDEN UIT KOOP, AANNEMING EN MAKELAARDIJ) Een verdere schakering is echter nodig. Omwille van het zelfbeschikkingsbeginsel moet deze verwoording door middel van de zgn. interpretatieve werking van de goede trouw verder worden bijgestuurd ingeval er weliswaar geen afwijkend gemeenschappelijk begrip was, maar de ene partij wist - of (zie verder) behoorde te weten - dat de wederpartij iets anders begreep dan de normale betekenis van de verklaring en haar daar niet op heeft gewezen⁶⁵. In dat geval wordt de gehele overeenkomst (dus ook de verklaring van de ene partij) in die zin uitgelegd. Deze regel vinden we uitdrukkelijk in de *Principles of European Contract Law* ⁶⁶, art. 5:101 (2)⁶⁷.

⁶⁵ Het is interessant te zien dat de meest fervente bestrijders van de vertrouwensleer uiteindelijk tot hetzelfde resultaat komen. Zo grondt VEROUGSTRAETE, *TPR* 1990, p. 1195 de verplichting van de rechter om de subjective wil van partijen te onderzoeken op een verplichting van de overeenkomstsluitende partijen om na te gaan wat de andere daadwerkelijk heeft gewild. De stelling van Verougstraete komt dus eigenlijk neer op een vertrouwensleer, bijgestuurd door een zeer sterke onderzoeksplicht van elke partij naar de bedoeling van de andere. Of het zeer sterk vasthouden aan dergelijke onderzoeksplicht inderdaad de rechtszekerheid dient, zoals Verougstraete stelt, is m.i. betwifelbaar; het is voor de wederpartij helemaal niet voorspelbaar over welke gegevens de rechter *a posteriori* zal beschikken om die subjektieve wil van de andere partij op te sporen.

⁶⁶ De *Principles of European Contract Law* zijn een *Restatement* van het overeenkomstenrecht van de landen van de Europese Unie. Zie o.m. mijn bijdragen "Applications possibles et caractères généraux des projets de droit uniforme des contrats", *RDIDC*, 1995, 309 v. en "Mogelijkheden en algemene kenmerken van eenvormig overeenkomstenrecht", *Jura Falconis* 1995, 491

⁶⁷ De volledige tekst van deze bepaling luidt:

"Article 5:101. General Rules of Interpretation

(1) A contract is to be interpreted according to the common intention of the parties even if this differs from the literal meaning of the words.

(2) If it is established that one party intended the contract to have a particular meaning and at the time the contract was made the other party could not have been unaware of the first party's intention, the contract is to be interpreted in the way intended by the first party.

(3) If an intention cannot be established according to (1) or (2), the contract is to be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind (condition) as the parties would give to it in the same circumstances."

In de Belgische rechtspraak zijn er meerdere toepassingen te vinden van deze gedachte. De meest bekende vinden we in het kooprecht. De verkoper staat ervoor in dat de verkochte zaak geschikt is voor het gebruik waartoe, naar de verkoper weet, de koper ze bestemt, ook indien dit niet het normale gebruik is⁶⁸ (in het verbruikersrecht spreekt men van het “redelijkerwijze voorzienbare gebruik”, art. 30 WHPC 14 juli 1991; art. 2 lid 2 c van de ontwerp-richtlijn betreffende de verkoop van en de waarborgen voor verbruiksgoederen, *PB C 307/8* van 16 oktober 1996, heeft het over elk specifiek, door de verbruiker gewenst gebruik dat deze aan de verkoper bij het sluiten van de overeenkomst heeft medegedeeld). Het is slechts anders indien de verkoper de koper *meedeelt* dat de zaak daartoe niet geschikt is.

Kan men daartegen niet opwerpen dat het hier eigenlijk gaat om een vraagstuk van dwaling, en niet van uitleg van de rechtshandeling? M.i. niet, omdat de vrijwaringsplicht bij gebreken in de zaak (inbegrepen de zgn. functionele gebreken, d.i. ongeschiktheid van de zaak) vandaag niet meer kan worden begrepen als een bijzondere dwalingsregeling (wat ze historisch was), maar als een bijzondere regeling van niet-nakoming⁶⁹. Wanneer de verkoper weet dat de koper het goed koopt voor een bijzonder gebruik en daarover geen opmerkingen maakt, dan staat hij in voor de levering van een goed dat daarvoor geschikt is. Bij ongeschiktheid is hij in beginsel aansprakelijk uit overeenkomst, ten belope van het positief belang, en niet slechts voorkontractueel, ten belope van het negatief belang⁷⁰. Aan die aansprakelijkheid kan de verkoper slechts ontsnappen door zijn eigen dwaling *c.q.* overmacht⁷¹ te bewijzen binnen de zeer beperkende voorwaarden door de rechtspraak gesteld (onoverwinnelijke onwetendheid). In dat geval zal hij weliswaar het voordeel van de overeenkomst verliezen, maar niet aansprakelijk zijn voor de verdere schade die de koper lijdt.

Ook is de genoemde redenering niet beperkt tot het kooprecht. Precies dezelfde regels of rechtspraak vinden we m.b.t. de kenmerken waaraan een werk of dienst moet beantwoorden (in de aannemingsovereenkomst), zo bv. bij de aanneming van

⁶⁸ Cass. 18-11-1971, *Aquacoat*-arrest, *Arr 274* = *RCJB* 1973 noot Ph. GERARD. Vgl. art. 35 (2) (b) CISG (Weens kooprecht).

⁶⁹ Het Belgische kooprecht kent in beginsel nog de afzonderlijke vrijwaringsregeling naast de algemene regeling inzake niet-konformiteit, doch het toepassingsgebied van de vrijwaringsregeling wordt zeer ruim begrepen en komt functioneel overeen met dat van de non-konformiteit in de CISG (Weens kooprecht) of het NBW.

⁷⁰ Het onderscheid tussen positief en negatief belang is intussen ook in België stilaan gemeengoed geworden. Zie bv. duidelijk KRUIHOF & BOCKEN, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen”, *TPR* 1994, 434 v. Ook hier was J. RONSE één van de eersten (“Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen”, *TPR* 1978, (681) 744).

⁷¹ Strikt genomen gaat het om dwaling voor zover het gaat om een gebrek in een specifieke zaak of een gebrek dat de hele soort betreft, en om overmacht wanneer het gebrek enkel de specifieke geleverde exemplaren van de soort betreft, doch in de praktijk wordt het onderscheid zelden zo nauwkeurig gemaakt.

bouwwerken⁷². Zo ook staan verzekeringstussenpersonen ervoor in dat de polis inderdaad de dekking verleend waarop de verzekeringnemer, afgaande op de verstrekte inlichtingen, mocht vertrouwen (het betreft meer bepaald gevallen waarin er geen volledige polis aan de verzekeringnemer ter ondertekening is overgemaakt, maar enkel een aansluiting bij een groepsverzekering, een bankverzekering, en dergelijke)⁷³. Het betreft hier opnieuw een aansprakelijkheid voor het positief belang, d.i. de dekking waarop werd vertrouwd, en niet voor het negatief belang, d.i. uitgaande van de vraag wat er zou zijn gebeurd indien het vertrouwen niet ware gewekt.

In al deze gevallen gaat het wel degelijk om de uitleg van de overeenkomst tussen partijen, om het bepalen tot welke prestatie deze overeenkomst de ene dan wel de andere partij precies verplicht. Wanneer een van de partijen aan de verbintenissen uit de overeenkomst een andere inhoud of betekenis geeft dan de normale betekenis ervan, en de tegenpartij dit niet wist noch behoorde te weten, dan is de eerste partij in beginsel aan die normale betekenis gebonden (onder voorbehoud van een eventuele nietigverklaring wegens eigenlijke dwaling), ook al heeft zij die niét gewild. Wie iets anders bedoelt dan de “normale” betekenis (de verwachting die normaal wordt opwekt), moet de wederpartij in beginsel nader inlichten, zoals wie iets anders verstaat dan die “normale” betekenis zichzelf in beginsel - door nader onderzoek - moet inlichten. Deze gedachte is steeds aanwezig geweest in ons recht, en werd in de school van het natuurrecht uitgewerkt rond de “*officia circa sermonem*”⁷⁴. In sommige gevallen moet de ene partij echter wél onderzoeken of de andere partij (g)een andere verwachting had dan de gebruikelijke. Dergelijke onderzoekslast bestaat naar omstandigheden in verbruikersovereenkomsten. “Naar omstandigheden” wordt door de WHPC art. 30 verwoord als “rekening houdende met de door de verbruiker uitgedrukte behoefte aan voorlichting”. Uitleg van rechtshandelingen wordt aldus bepaald door de onderzoeks- en mededelingslasten die het recht erkent of oplegt⁷⁵. De aangegeven regels uit bv. het kooprecht - andere voorbeelden volgen verderop - zijn aldus een eerste adstruktie van onze stelling dat verbintenissen *ex contractu* niet bepaald worden door wat partijen “feitelijk gewild” hebben, maar door de wijze waarop ze zich jegens elkaar hebben gedragen.

(37. NIET DE BEDOELING, MAAR DE TE GOEDER TROUW UITGELEGDE VERKLARING) Vooraleer andere voorbeelden uit te werken, proberen we dit eerste resultaat *de lege lata* in te passen in het stelsel van ons verbintenissenrecht. Het is

⁷² Bv. Kh. Doornik 18-6-1968, *JT* 1968, 532 : “*Si l’usage envisagé est spécial il est indispensable que le (maître de l’ouvrage) mette le (locateur d’ouvrage) au courant de son désir spécial*”.

⁷³ Zie bv. Hof Brussel 26-5-1992, *Arco*, *TBBR* 1993, 333 v.; kh. Brussel 3-12-1996, *Jeanmart t. AG 1824 en NV Generale Bank*, *TBH* 1997, 741 met noot.

⁷⁴ Over het verband tussen deze *officia* en de lasten (*Obliegenheiten*) in ons huidig recht, zie bv. H.J. WIELING, “*Venire contra factum proprium* und Verschulden gegen sich selbst”, 176. *AcP* 1976, 334 v.

⁷⁵ De gedachte vinden we in België bv. bij D. FRERIKS, *TPR* 1992, (1187) 1199 v. nr. 11-13.

merkwaardig dat de Belgische rechtsleer bij de bespreking van bijzondere overeenkomsten (koop, aanneming, huur e.d.) genoemde regels vanzelfsprekend vindt, maar in de bespreking van de algemene leer der overeenkomsten hardnekkig het tegenovergestelde blijft beweren. Daar leest men namelijk dat men niét gebonden is aan een verklaring waarvan men de inhoud niét heeft gewild (de zogenaamde diskrepantie tussen wil en verklaring). Men kan deze tegenspraak ook niet wegedeneren met de regel dat wilsovereenstemming enkel over de substantiële bestanddelen is vereist, aangezien de hierbovengenoemde regels in de praktijk ook voor die vereisten gelden. De ideologie blijft blijkbaar sterker dan de werkelijkheid. Zij maakt dat onze rechtsleer te weinig verband legt tussen voorkontraktuele plichten of lasten enerzijds en de inhoud van de rechtsverhouding anderzijds⁷⁶. Meer in het algemeen vertrekt onze rechtsleer in het verbintenissenrecht te weinig vanuit de rechtsverhouding en de inhoud van de kontraktuele regeling (de rechtsgevolgen, bezien als geheel) en te veel vanuit zogenaamde geldigheidsvereisten : iedereen onderzoekt bv. wanneer er een informatieplicht bestaat, maar weinigen bespreken de betekenis ervan voor de inhoud van de rechtsverhouding. Uitleg en totstandkoming worden aldus ten onrechte van elkaar gescheiden.

Nu slaagt men er wel in deze tegenspraak toe te dekken. Men kan genoemde regels verklaren door bij diskrepantie tussen wil en verklaring of “verhinderende dwaling” (*erreur-obstacle*) dezelfde regels toe te passen als bij de eigenlijke dwaling, met name de beperking van de vernietiging tot de gevallen waarin de dwaling bepalend was (en het bepalend karakter kenbaar) en verschoonbaar. Toepassing van deze regels uit de eigenlijke dwaling op de verhinderende dwaling is nu inderdaad de heersende leer in België⁷⁷. Men beseft wellicht niet dat men daarmee eigenlijk afstand neemt van de wilsleer⁷⁸. De verschoonbaarheidseis stellen voor verhinderende dwaling (de zgn. diskrepantie tussen wil en verklaring) komt erop neer dat men in beginsel gebonden is aan zijn verklaring; weliswaar kan ze onder bepaalde voorwaarden worden vernietigd, maar het vertrekpunt blijft dan toch de gebondenheid. En er is meer : de regels inzake verhinderende dwaling kunnen er namelijk wel toe leiden dat iemand gebonden is aan zijn verklaring omdat hij zich maar beter had moeten uitdrukken, maar ook zij kunnen niet verklaren waarom omgekeerd de partij die weet dat de tegenpartij het anders begrijpt, aan die betekenis gebonden is, ook al wilde zij dat zelf niet.

⁷⁶ Zelfs D. FRERIKS, *TPR* 1992, 1187 v., vermeldt de bepaling van de inhoud van de verbintenis niet bij de opsomming van de rechtsbetekenis van mededelingsplichten (hoewel ze er toch een toepassing van maakt in nr. 12). Op p. 1237 gaat ze uit van het schadevereiste, dat juist niet geldt wanneer het over een mededelings- of onderzoeks*last* gaat.

⁷⁷ Zie reeds J. DABIN, "Erreur inexcusable et nullité des conventions", *Etudes de droit civil*, Larcier Brussel 1947, (31) 52-54.

⁷⁸ Dit wordt wél gezien door bv. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, 114-116.

Een samenhangende verklaring kan dan ook maar worden gegeven door het vraagstuk te zien als een uitlegvraagstuk. De inhoud van verklaringen wordt in werkelijkheid bepaald aan de hand van 1° de normale betekenis daarvan, 2° een gemeenschappelijke afwijkende bedoeling, die in beginsel voorrang krijgt zo die er is, en 3° de kennis die de ene partij had of moest hebben van een daarvan afwijkend begrip of besef door de andere partij. Nadat de betekenis van de verklaringen voor de rechtsverhouding tussen betrokkenen aldus is vastgesteld, kan 4° nog de vraag rijzen of de ene dan wel de andere partij de overeenkomst kan vernietigen, omdat zij de verklaring maar heeft afgelegd op grond van een verkeerde voorstelling van zaken, dus op grond van een “eigenlijke dwaling”⁷⁹. Een nietigheid van de overeenkomst wegens “verhinderende dwaling” (als onderscheiden van de eigenlijke dwaling) daarentegen, is maar mogelijk wanneer de inhoud van de verklaring van de ene resp. de andere partij, zoals zij door genoemde uitleg komt vast te staan, op wezenlijke punten van elkaar afwijkt⁸⁰. Maar dat betekent gewoon dat aanbod en aanvaarding, zoals zij dienen te worden uitgelegd, niet aan elkaar beantwoorden en er in die zin nooit een overeenkomst is tot stand gekomen. In dat geval rijst de vraag naar vernietiging niet eens. De “verhinderende dwaling” is aldus opgedoekt als afzonderlijk leerstuk.

(38. TUSSENBESLUIT) Wat is de grondslag van de gebondenheid van een partij aan haar verklaringen volgens de aldus gegeven uitleg ? Wat is de grondslag van de gebondenheid van een partij, die een term gebruikt in een ongewone betekenis die de tegenpartij niet moest kennen, aan de gewone betekenis daarvan ? En wat is de grondslag van de gebondenheid van een partij die weet of moet weten dat de tegenpartij de term in een andere betekenis gebruikt, aan die betekenis ? Niet één of andere voorkontraktuele aansprakelijkheid, maar gewoon lid 1 en 3 van art. 1134⁸¹.

⁷⁹ Bij nader toezien dekt ook de uitleg zelf een deel van het vraagstuk dwaling, nl. telkens wanneer de verkeerde voorstelling van zaken betrekking heeft op de betekenis die de wederpartij aan de verklaring hecht of die de verklaring rechtens heeft. Maar wanneer de dwaling daarop betrekking heeft, gelden weliswaar in beginsel dezelfde maatstaven (voor onderzoeks- en informatielasten) (het verschil is alleen dat er geen “gedeeld misverstand” mogelijk is, wel een gedeelde dwaling over andere dingen), maar het gevolg kan wel verschillen : uitleg leidt niet tot nietigheid van de overeenkomst, dwaling mogelijks wel.

⁸⁰ Uit het voorgaande volgt dat dit niet reeds het geval is, wanneer beide partijen iets anders bedoelen, maar de ene partij weet (of moest weten) wat de andere partij bedoelde, aangezien de overeenkomst, en dus de verklaring van beide partijen, dan in die zin moet worden uitgelegd.

⁸¹ De wilsleer daarentegen kan het werkelijke resultaat, nl. dat iemand gebonden kan zijn aan een niet-gewilde verklaring, slechts verklaren door het te kwalificeren als een voorkontraktuele fout, waarvan het herstel erin zou bestaan om gebonden te zijn aan zijn verklaring. De redenering klopt natuurlijk niet, omdat het herstel bij voorkontraktuele fout er alleen toe kan leiden dat de wederpartij wordt geplaatst in de toestand waarin hij zou zijn geweest indien hij die fout niet had begaan. Wanneer nu de fout niet was begaan zou de eerste partij haar wil duidelijker hebben uitgedrukt of de vergissing niet hebben begaan, en zou de wederpartij haar dus ook niet hebben kunnen houden aan de nu wél afgelegde verklaring. Sommigen hebben dit ingezien (J. RONSE & K. van HULLE reeds in “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen”, *TPR* 1978, (681) 744; verder P.A. FORIERS, “L'apparence, source autonome d'obligations”, *JT* 1988, 545; vgl. ook P. van OMMESLAGHE,

De gebondenheid aan de normale betekenis behoeft geen nadere grondslag; zij valt samen met de bindende kracht van de overeenkomst. De gebondenheid aan een andere betekenis (al dan niet gemeenschappelijk begrepen) vloeit voort uit de zgn. interpretatieve werking van de goede trouw. Deze laatste grondslag kan vandaag ook openlijk worden gebruikt, nu de rechtspraak uitdrukkelijk aanvaardt dat overeenkomsten ook te goeder trouw moeten worden gesloten⁸² (en niet enkel “uitgevoerd”).

Het vorige samenvattend kan men het volgende stellen.

a) Voor zover het vertrouwensbeginsel niet zou worden bijgestuurd, zijn partijen gebonden aan de “normale betekenis” van hun vrijwillige gedragingen, in het bijzonder hun verklaringen. Dit betekent dat zij gehouden zijn tot de verwachtingen die zij hebben opgewekt, de rechtsgevolgen waartoe zij vertrouwen hebben gewekt (wat NIET hetzelfde is als de “gewilde rechtsgevolgen”).

b) Het vertrouwensbeginsel wordt evenwel vrij sterk bijgestuurd door het zelfbeschikkingsbeginsel. Indien beide partijen een van de “normale betekenis” afwijkende voorstelling hebben van die rechtsgevolgen (draagwijdte van de overeenkomst) of de ene partij er kennis van heeft of moet hebben dat de andere partij (die vertrouwen opwekt) van die rechtsgevolgen (draagwijdte van de overeenkomst) een andere voorstelling heeft, wordt het vertrouwen niet beschermd, omdat dit een miskennis zou betekenen van de eerbied voor (het zelfbeschikkingsrecht van) de wederpartij.

Dat het gaat om de “voorstelling” die men zich maakt van de rechtsgevolgen veeleer dan om de wil, blijkt zeer duidelijk uit die gevallen waarin iemand zeer goed weet wat de betekenis is van een bepaalde verklaring, er niet mee akkoord gaat, maar toch niets zegt. Voor zover er geen andere vernietigingsgronden aanwezig zijn, omdat zijn zelfbeschikkingsrecht onvoldoende zou zijn geëerbiedigd (zoals bv. geweld of bedreiging), is deze persoon gebonden, ook al heeft hij dit niet gewild. Indien partijen alleen zouden zijn gebonden aan wat ze “werkelijk gewild” hebben - in de zin die de rechtsleer eist, nl. dat men de *rechtsgevolgen* heeft gewild - en niet ook aan wat ze beseft hebben of moesten beseffen het gevolg te zijn van hun verklaring, dan zouden er niet veel overeenkomsten bestaan. Verbintenissen aangaan en zijn beloften nakomen doet men niet omdat men rechtsgevolgen wil, maar om allerlei andere redenen, egoïstische zowel als altruïstische, zoals het verkrijgen van materiële

"L'apparence comme source autonome d'obligation et le droit belge", *RDIDC* 1983, (144) 151-152, die evenwel nog tezeer aansluit bij de gedachte van een herstel *in natura*) en daarom verdedigd dat de fout erin bestaat het opgewekt vertrouwen niet te honoreren, en dit op het beginsel van de goede trouw gegrond (de laatste grondslag wordt ook gegeven door A. van OEVELEN, *RW* 1989-90, 1425 v., doch minder duidelijk gegrond op het hier gebruikte argument). En inderdaad bestaat de fout erin het opgewekt vertrouwen niet te honoreren, maar dat betekent natuurlijk dat het opgewekt vertrouwen zelf grondslag is van de gebondenheid, en dat de wilsleer impliciet terzijde is gesteld.

⁸² Cass. 7-2-1994, *JTT* 1994, 208 = *RW* 1994-95, 121.

voordelen, of de kans daarop, het verstevigen van wederkerige verhoudingen, het toekennen van beloning, het oogsten van dankbaarheid, lof of eer, enzovoort.

Of veeleer de gewekte verwachting wordt beschermd, dan wel de gemaakte voorstelling, hangt ook af van de “wederkerigheid” van verwachte prestaties (wederkerigheidsbeginsel) en de kostprijs waartegen de ene dan wel de andere partij de diskrepantie tussen die verwachting en voorstelling van de betrokken partij kon vermijden (risikobeginsel). Dit werd nog niet uitdrukkelijk toegelicht, maar kwam wel reeds tot uiting in de verstrenging van de onderzoeks- en mededelingslast van de professioneel t.a.v. de gebruiker.

b) Nadere adstruktie, met uitwerking van mededelings- en onderzoekslasten.

(39. PROTESTLAST BIJ FAKTUUR) Talloze voorbeelden kunnen aantonen dat bestaan en inhoud van een rechtshandeling in ons recht niet worden bepaald door wat partijen “feitelijk gewild” hebben, maar wel door het al dan niet naleven van mededelings- en onderzoekslasten.

Een eerste voorbeeld vinden we bij de faktuur. Art. 25 Wetboek van koophandel bepaalt dat “koop en verkoop kunnen bewezen worden door een aangenomen faktuur (...)”. Deze bepaling stelt dus duidelijk de rechtshandeling “aanvaarding” voorop voor de rechtsgevolgen van de faktuur⁸³. Hoe wordt nu bepaald of er aanvaarding is ? Dit geschiedt niet op grond van een onderzoek naar de feitelijke wil van partijen, maar op grond van mededelings- en soortgelijke lasten : “*Qui tacet consentit ubi loqui debuit atque potuit*”. Wanneer men zwijgt terwijl er een last was tot protest, is men gebonden door zijn stilzwijgen; was zulke last er niet, dan is men in beginsel niet gebonden. Of er een protestlast is, hangt af van de maatschappelijke positie van partijen : handelaars hebben zo’n protestlast, partikulieren enkel in bijzondere omstandigheden. Het niet protesteren van een handelaar, en in bijzondere omstandigheden ook van een partikulier, wekt typisch de verwachting dat de inhoud van de faktuur inderdaad kan gelden als weergave van de rechtsverhouding (overeenkomst) tussen partijen. Tegenover een handelaar draagt de verzender van een faktuur in beginsel geen last om te onderzoeken of de tegenpartij de rechtsverhouding inderdaad ook zo begrijpt. Maar wanneer de verzender wéét dat de tegenpartij dit niet zo begrijpt, is het stilzwijgen van de handelaar niet voldoende. Dit zien we bv. wanneer de tegenpartij reeds voordien tegen een eerste faktuur heeft geprotesteerd⁸⁴; of wanneer er reeds voordien twist gerezen was tussen partijen over een beweerdelijk

⁸³ Ik ga hier niet in op de vraag of dit rechtsgevolg eerder moet worden begrepen als een “gebondenheid” aan de faktuur, dan wel slechts als een bewijswaarde van de faktuur. Zie voor een verdediging van de eerste stelling mijn “Bewijs- en verbintenisrechtelijke beschouwingen omtrent het stilzitten van de aangesprokene bij een faktuur en bij andere vormen van aanspraakbevestiging”, *TBH* 1991, 463

⁸⁴ Zie bv. kh. Brussel, 31-10-1990, *TBH* 1991, 536.

ten onrechte niet uitgevoerde verrichting⁸⁵. Of de faktuur beantwoordt aan wat er voorheen tussen partijen daadwerkelijk was afgesproken, is niet doorslaggevend, altans niet zolang het om een bijkomstige voorwaarde gaat, waar de ontvanger normaal geen belang bij heeft om zich tegen te verzetten. Dan mag men uit zijn stilzwijgen een instemming met die wijziging afleiden, bv. de wijziging van de plaats der betaling⁸⁶. Dit is in een notedop de regeling inzake faktuur. Er zijn weliswaar nog andere schakeringen, maar een uitputtende behandeling van dit onderwerp⁸⁷ is niet nodig om aan te tonen dat de betekenis van een niet-aanvaarde faktuur niet op een ontleding van de wil berust, maar op het naleven van gedragsregels, waarvan de intensiteit afhangt van de “normale” betekenis van een gedraging en de maatschappelijke positie van partijen. Dat het recht die gedragsregels daarbij in zekere mate schematizeert, zoals bv. volgens het onderscheid tussen handelaars en niet-handelaars, berust op de nood aan rechtszekerheid. De maatstaf zelf kan overigens worden gerechtvaardigd op grond van de boekhoudplicht van handelaars (en andere professionelen).

(40. AANBOD EN AANVAARDING) Het zou volkomen verkeerd zijn te veronderstellen dat de faktuur een bijzonder geval vormt in ons recht, waarbij van de gewone regels wordt afgeweken. Zeer gelijkaardige regels gelden voor andere geschriften die een stand van zaken weergeven of een bevestiging inhouden, zoals bv. rekeninguittreksels en -afschriften⁸⁸. Wat hier gezegd is over de faktuur, geldt ook aanbod en aanvaarding in het algemeen, meer bepaald in het handelsverkeer, waar soortgelijke regels - met enige schakering - kunnen worden gevonden. Zo bepaalt art. 19 CISG (Weens kooprecht) dat een aanvaarding van een aanbod onder voorwaarde van weinig belangrijke wijzigingen geldig is indien er geen snelle weigering komt van de aanbieder.

(41. KEURINGS- EN PROTESTLAST BIJ GEBREKKIGE NAKOMING) Dat het niet om de feitelijke wil gaat, maar om de naleving van onderzoeks- en mededelingslasten, blijkt ook zeer duidelijk uit de regels die leiden tot het verlies van rechten uit een gebrekkige nakoming, wanneer daartegen niet tijdig werd geprotesteerd. Weliswaar is het toepassingsgebied van deze regels betwist, en meer

⁸⁵ Kh. Brussel 14-11-1990, *TBH* 1991, 546. *In casu* ging het niet om een faktuur, maar om een bankrekeninguittreksel

⁸⁶ R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, I nr. 189; J. SUIJLING, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, Bohn Haarlem 1928, II nr. 248. Deze mogelijkheid is trouwens reeds begrepen in de overdraagbaarheid van de schuldvordering.

⁸⁷ Voor een uitvoeriger behandeling verwijs ik naar mijn genoemde bijdrage in *TBH* 1991, 463 v.

⁸⁸ Zie voor een recent vb. kh. Brussel 23-4-1996, *TBH* 1997, 737, waar de rechten en plichten van partijen werden bepaald aan de hand van een op de goede trouw gegronde verplichting (juister een last) van de houder van een bankrekening om tijdig inlichtingen in te winnen iover de bewegingen op zijn rekening. *In casu* betrof het een rekeninghouder die cheques aan toonder had meegegeven aan een lasthebber en er zich achteraf (laattijdig) over bekloeg dat de banken de opdrachten van de lasthebber had uitgevoerd.

bepaald de vraag in hoeverre de regels inzake koop ook bij andere verbintenissen gelden. Maar men kan niet ontkennen dat de vraag of de koper door de inontvangstname van gebrekkige goederen het beroep op de gebrekkigheid van de nakoming (en de daaruit voortvloeiende rechten) al dan niet verliest, niet wordt opgelost aan de hand van een ontleding van de feitelijke wil van de koper, maar aan de hand van regels, die bepalen onder welke voorwaarden en binnen welke termijn de koper moet protesteren. Deze regels zijn ten dele in de wet bepaald. Bij “zichtbare gebreken” vinden we deze bv. in art. 18 W. 25-10-1919 voor verkoop en roerende aanneming door professionelen jegens partikulieren (verbruikers) (last om binnen één maand na de levering schriftelijk te protesteren of een deskundigenonderzoek aan te vragen), of in art. 8 Vervoerwet (last schriftelijk bezwaar of voorbehoud te maken binnen 2 dagen). Soortgelijke regels vinden we ook in internationale vervoerverdragen, bv. art. 30 CMR). Ten dele gaat het om gewoonterechtelijke regels : bij verkoop tussen professionelen moet in beginsel bij de ontvangst zelf worden geprotesteerd. Dat deze regels gelden voor “zichtbare” gebreken, ongeacht of de ontvanger de gebreken daadwerkelijk heeft gezien, toont aan dat er voor de ontvanger een zekere onderzoekslast bestaat. In de internationale koop is de onderzoekslast nauwkeurig geregeld door art. 38 CISG en de protestlast in art. 39. Art. 40 CISG brengt daarop dan weer een bijsturing aan, die kan worden verklaard vanuit het zelfbeschikkingsbeginsel : wanneer het gebreken betreft die de verkoper daadwerkelijk kende of waarvan deze niet onkundig kon zijn, en die hij niet meedeelde aan de koper, dan weegt de mededelingsplicht van de verkoper zwaarder dan die van de koper en gelden art. 38 en 39 niet. Het is opnieuw niet mijn bedoeling de regeling van de keuring en het verlies van het recht zich op gebreken in de nakoming te beroepen uitputtend te behandelen. Deze korte schets moge voldoende zijn als illustratie van de hoger verwoorde stelling : niet de feitelijke wil van partijen is dienend, maar regels die de door hun handelen of nalaten normaal gewekte verwachtingen beschermen, bijgestuurd door regels die bescherming ontzeggen in geval van kwade trouw en andere vormen van gebrek aan eerbied voor (de zelfbeschikking van) de tegenpartij.

(42. VERWERKING VAN VERWEERMIDDELEN NA OVERDRACHT VAN SCHULDVORDERING) Een laatste voorbeeld in dezelfde lijn : het stilzwijgen van de schuldenaar die door een nieuwe schuldeiser wordt aangemaand melding te maken van de verweermiddelen die hij op grond van zijn verhouding met de oude schuldenaar wil opwerpen. De vraag rijst vooral na overdracht van schuldvordering. Het veld waarbinnen de vraag rijst is in België duidelijk afgebakend door beginselarresten : enerzijds behoudt de schuldenaar in beginsel alle verweermiddelen die voor de overdracht zijn ontstaan, inbegrepen de *exceptio non adimpleti contractus*⁸⁹, anderzijds verliest hij verweermiddelen die hij bewust voor derden heeft versluierd, meer bepaald door een andere overeenkomst te veinzen dan diegene die

⁸⁹ Cass. 13-9-1973, Arr 36.

tussen hem en de oorspronkelijke schuldenaar geldt⁹⁰. Tussenin kan de *cessus* zijn verweermiddelen onder omstandigheden verliezen. De traditionele leer ontleedt de vraag opnieuw als een vraag naar de vaststelling van een werkelijke wil. Opnieuw ziet de rechtspraak de vraag veeleer in termen van mededelingslasten. Zo gaat een arrest van het Hof van Beroep te Brussel weliswaar na of er een “afstand van recht” is, maar beslist ze daartoe omdat de *cessus* “wist dat het om een anticipatieve factuur ging en zij de (overnemer) reeds de betaling in het vooruitzicht had gesteld, *zodat duidelijke verwachtingen werden gewekt*; dat zij dan ook *gehouden was* de (overnemer) in kennis te stellen van de wanprestatie van de (overdrager), onmiddellijk nadat met voldoende zekerheid vaststond dat deze verwachtingen niet zouden kunnen ingelost worden”⁹¹. Dat de maatschappelijke positie van partijen opnieuw een rol speelt, blijkt uit de mildere beoordeling van de protestlast in hoofde van een bediende⁹² - vergeleken met de arresten waar het om handelaars ging⁹³, of om een vrij beroep⁹⁴. Is de schuldenaar een overheidsinstelling, dan wordt opnieuw beslist op basis van gedragsregels : een overheidsinstelling is gehouden te protesteren krachtens het beginsel van behoorlijk bestuur⁹⁵.

(43. STRENGERE BEOORDELING RECHTSHANDELINGEN OM NIET, MEER BEPAALD AFSTAND VAN RECHT) Typisch voor de reeks gegeven voorbeelden is dat het nooit om een zuiver éénzijdige afstand van recht gaat. Het gaat telkens om gevallen, waar de toestemming, aanvaarding, e.d.m. normaal gezien niet nadelig is. Wanneer de verkoper geen weet heeft van gebreken in het geleverde goed, mag hij ervan uitgaan dat de partij die het goed ontvangt niet benadeeld is door het verlies van haar recht een beroep te doen op tekortkomingen. Wanneer er tussen de verzender en ontvanger van een faktuur niet uitdrukkelijk iets anders is overeengekomen en de faktuur ook geen abnormale voorwaarden bevat, mag de verzender van de faktuur ervan uitgaan dat de partij niet benadeeld is door het feit dat de faktuurvoorwaarden gelden veeleer dan wat voorheen tussen hen zou hebben gegolden. Wanneer de overnemer geen weet heeft van gronden voor opschorting door de *cessus* uit zijn verhouding met de overdrager, mag hij ervan uitgaan dat de *cessus* niet benadeeld is door het feit dat hij nu, los van die verhouding, aan de overnemer moet betalen.

Gaat het daarentegen om een zuiver éénzijdige afstand van recht, dan is de rechtspraak veel strenger. Een dergelijke afstand van recht kan volgens het Hof van cassatie slechts worden afgeleid uit feiten die voor geen andere uitleg vatbaar zijn. Dit is een duidelijk strengere maatstaf dan de eisen die normaal worden gesteld om van

⁹⁰ Cass. 11-12-1987, *RW* 1987-88, 1092 noot E. DIRIX.

⁹¹ Hof Brussel 17-3-1988, *Pas* II, 153.

⁹² Hof Antwerpen 18-1-1988, *TBBR* 1989, 218.

⁹³ Naast Hof Brussel 17-3-1988, *Pas* II, 153, bv. ook kh. Brussel 28-11-1991, *TBH* 1992, 998.

⁹⁴ Hof Brussel 2-3-1993, *RW* 1993-94, 52.

⁹⁵ Hof Brussel 18-9-1991, *RW* 1991-92, 677; Hof Antwerpen 5-2-1992, *Turnhouts rechtsleven* 1992/174

de “aanwezigheid” van een “feitelijke wil” te kunnen spreken. En het is duidelijk omwille van het wederkerigheidsbeginsel, of liever omwille van het gebrek aan wederkerigheid, dat het zelfbeschikkingsbeginsel hier zo zwaar doorweegt. Maar dit betekent opnieuw nog niet dat het zou gaan om de “feitelijke wil” van de partij die afstand doet. Indien het daarom ging, zou er geen gradatie zijn tussen handelingen om niet (afstand van recht) en handelingen onder bezwarende titel. Maar er is wel degelijk een gradatie in de onderzoekslast. Voorwerp daarvan is niet zozeer de feitelijke wil van de wederpartij (of zij de bedoeling had de als normaal opgewekte verwachting, de normaal uit die verklaring volgende rechtsgevolgen te doen ontstaan), maar welke voorstelling zij zich maakt van de inhoud van de overeenkomst, van het rechtsgevolg van haar handeling. Dat de onderzoekslast zwaarder is bij afstand van recht betekent dat de ene partij moet nagaan of de wederpartij wel beséft dat zij door haar handeling (of nalaten) haar recht verliest. De onderzoekslast verschijnt aldus niet als een bevestiging van de wil als grondslag voor de bindende kracht van de overeenkomst, maar wel als een getuigenis dat het vertrouwen op een verklaring niet wordt beschermd indien een partij onvoldoende eerbied betuigt voor (het zelfbeschikkingsrecht van) de andere partij. Zoals hoger gezegd is een belofte of andere rechtshandeling immers geen mededeling van een “wil”, maar een beschikking. Het is niet omdat de belover (handelende) daarmee een doel en/of beweegreden heeft dat de belofte (rechtshandeling) kan worden gezien als een mededeling van die bedoeling.

(44. RECHTSVERWERKING EN WIJZE VAN UITVOERING) Voor de bescherming van het vertrouwen op het tenietgaan van een verbintenis op grond van de gedraging van de tegenpartij worden aldus in beginsel strenge eisen gesteld. Minder streng is men dan weer wanneer niet zozeer vertrouwen wordt gewekt op een tenietgaan van een bestaand recht, als wel op het nooit bestaan hebben van dat recht. De uitleg van de rechtsverhouding kan immers mede, terugwerkend, worden bepaald door de latere gedraging van partijen, meer bepaald door de wijze waarop partijen aan verbintenissen uit overeenkomst uitvoering geven (soms doordat deze wordt gekwalificeerd als een “buitengerechtelijke bekentenis”⁹⁶). “Rechtsverwerking” speelt dan ook niet zozeer om rechten teniet te doen, als wel om onzekerheden in de kontraktuele regeling weg te nemen, door partijen het beroep te ontzeggen op een (voorheen) mogelijke uitleg die evenwel in strijd is met hun (latere) gedraging.

(45. ZELFBESCHIKKINGSBEGINSEL EN VORM- EN BEWIJSVEREISTEN) Een zwaarder doorwegen van het zelfbeschikkingsbeginsel kan er ook toe leiden dat de belover in beginsel niét gebonden is aan zijn verklaring zolang deze niet schriftelijk is vastgelegd en ondertekend, of altans zolang zij niet uitdrukkelijk is

⁹⁶ Vgl. P. van OMMESLAGHE, “L’aveu”, p. 9, in *La preuve*, Colloque U.C.L. 1987; KRUIHOF & BOCKEN, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen”, *TPR* 1994, p. (171) nr. 60 en 63. Zie bv. ook Cass. 22-4-1988, *RW* 1988-89, 90 (toestemming in pachtoverdracht die blijkt uit de wijze van uitvoering).

geschied. Dit vinden we meer bepaald bij handelingen om niet (schenking), en zelfs meer algemeen bij het aangaan van verbintenissen tussen partijen die niet reeds in een kontraktuele verhouding staan. In sommige gevallen, bv. waar er risico bestaat voor “overvaltaktieken” of misbruik van omstandigheden, gelden zelfs strengere vormvereisten (zie bv. de verplichte vermeldingen vooraleer verbruikers gebonden zijn aan een kredietovereenkomst, art. 14 en 17 Verbruikerskredietwet van 14 juni 1991; en bij verkopen buiten de onderneming van de verkoper gesloten, art. 88 WHPC - Wet handelspraktijken en bescherming verbruiker van 14 juli 1991). Zij dienen bij de belover het besef te vergroten van de verplichtingen die hij aangaat en zo zijn zelfbeschikkingsrecht nog meer te beschermen

Gaat het hier dan niet om maatstaven voor de aanwezigheid van een feitelijke wil ? De bewoordingen van de *Code civil* spreken dit m.i. tegen. Immers, artt. 1341 e.v. stellen nog duidelijk dat wie op een overeenkomst van een zekere waarde wil voortgaan, verplicht is zich daarvan een schriftelijk bewijs te verschaffen. Let op de verwoording die begint met het opleggen van een verplichting : "*Il doit être passé acte (...) de toutes choses excédant la somme ou valeur de (...) francs*" (en pas nadien spreekt over de gevolgen van de niet-naleving van die verplichting voor de bewijsvoering). Het gaat hier opnieuw om een soort last (*Obliegenheit*) : een last om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen - vandaar een “bewijslast” -, om het “woord” van de schuldenaar in zijn bezit te krijgen vooraleer op de gedraging van de belover te vertrouwen. Aan deze last moet voldaan zijn vooraleer men beschermd wordt ten belope van de gewekte verwachting, d.i. voor het zgn. “positieve belang” (de "*Erfüllungsinteresse*" of "*expectation interest*")⁹⁷. Is er geen schriftelijke belofte, een handeling die bij uitstek “normaal” betekent dat dit woord ook wordt nagekomen, dan zijn er, althans ten aanzien van een niet-handelaar, in beginsel andere handelingen vereist die de verwachting van een prestatie specifiek opwekken (bv. het in ontvangst nemen van een tegenprestatie). De opwerping dat het in art. 1341 BW maar om een bewijsvereiste gaat snijdt geen hout. Aangezien de alternatieven beperkt zijn, betekent deze regel hoe dan ook dat er voor het ontstaan van verbintenissen *ex contractu* (d.i. verbintenissen ten belope van de gewekte verwachting en niet enkel ten belope van het veroorzaakte nadeel) iets anders is vereist dan de feitelijke aanwezigheid van een wil om zich te verbinden.

(46. GRENZEN AAN DE LASTEN VAN DE *FIDENS*) Anderzijds is het niet zo dat de lasten van de *fidens* onbeperkt zijn, of beter nog, dat daar geen lasten van de

⁹⁷ Zie voor het onderscheid tussen positief en negatief belang (dat van R. von IHERING stamt, "Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen", 4. *Iherings Jahrbücher* 1861, 1 v., in *Gesammelte Aufsätze* (1881) I, 327), het klassieke artikel van FULLER & PERDUE, "The reliance interest in contract damages", *Yale LR* 1936, 52 v.; R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, I nr. 36; Ph. HOUWING, "Positief en negatief belang bij rechtsschijn", *WPNR* (1944) 3868-3872; J.H. NIEUWENHUIS, "Bezwarende titel, negatief belang en afwezigheid van bevoordeling als factoren die bij de geldigheid van rechtshandelingen een rol spelen", *WPNR* (1976) nr. 5341-5342; P. van OMMESLAGHE, *RDIDC* 1983, (144) 151.

wederpartij tegenover zouden staan. Volgt men de stelling van Verougstraete⁹⁸, dan zou er een verregaande onderzoekslast gelden naar de werkelijke bedoeling van de wederpartij, vooraleer men op diens verklaring mag vertrouwen. Daar zou geen last van de wederpartij tegenover staan om zijn bedoeling duidelijk te maken. Dergelijke opvatting is economisch onhoudbaar, minstens een rem op het rechtsverkeer⁹⁹, en kan dan ook slechts gelden wanneer er een duidelijk machtsonderscheid is tussen partijen. Overigens zien we dat waar die onderzoekslast daadwerkelijk wordt opgelegd, zoals ten aanzien van verbruikers, dit nog helemaal niet betekent dat dit onderzoek ook werkelijk wordt uitgevoerd; dit zou te duur uitkomen. In de praktijk neemt een bedrijf liever het risico op zich dan dergelijke onevenredige kosten te maken. Dit blijkt uit een aantal verschijnselen, die in de rechtsleer te weinig worden bestudeerd. Zo bv. zullen handelaars veelal, in plaats van hun tijd te verliezen met de verbruikers uit te horen naar hun bedoelingen, hen gewoon het recht geven om de goederen binnen een bepaalde tijdsperiode in te ruilen, ook indien er aan het goed niets ontbreekt en het de verbruiker alleen maar niet bevalt om redenen die niets te maken hebben met ongeschiktheid voor het “normale gebruik” van het goed. Wanneer blijkt dat bepaalde goederen te vaak terug worden ingeruild, zal men ofwel toch meer onderzoek verrichten bij het aanbieden ervan, ofwel de produkten uit de handel nemen.

Nog los van deze economische beschouwingen is de gedachte van een verregaande onderzoekslast overigens ook in de traditionele opvatting onjuist. De discrepantie tussen wil en verklaring, de zogenaamde “verhinderende dwaling”, wordt immers behandeld zoals een (eigenlijke) dwaling. Dit wil zeggen dat een partij er zich niet op kan beroepen de verklaring niet te hebben gewild, indien dit “onverschoonbaar” is. Dit betekent natuurlijk dat er aan de zijde van de partij die een verklaring aflegt een last bestaat om zelf inlichtingen in te winnen omtrent de normale betekenis van zijn verklaring; wie door eigen nalatigheid een verklaring aflegt waarvan de normale betekenis een andere is dan diegene die men zich heeft voorgesteld, is toch aan die normale betekenis gebonden.

Zo is het volmaakt mogelijk dat men gebonden is aan (standaard)bedingen waarvan men niet eens kennis heeft genomen : wanneer men voldoende kansen heeft om kennis te nemen van standaardvoorwaarden, en men maakt daarvan geen gebruik, dan belet dit niet dat men daaraan gebonden kan zijn¹⁰⁰.

⁹⁸ I. VEROUGSTRAETE, *TPR* 1990, 1195.

⁹⁹ Rechtseconomische studie toont aan dat een verstrenging van aansprakelijkheid tot boven de maatstaf van de efficiënte zorg (rekening houdende met de efficiënte zorg van de wederpartij), een verlaging van de desbetreffende bedrijvigheid veroorzaakt. Dit moet ook gelden voor zwaardere onderzoekslasten bij het sluiten van overeenkomsten. Weliswaar kan die kost in hoofde van professionelen worden doorgerekend, maar dit maakt het produkt of de dienst natuurlijk duurder, zodat het aantal overeenkomsten zal afnemen.

¹⁰⁰ Zie uitvoerig over de vraag wanneer men gebonden is aan standaardbedingen KRUITHOF & BOCKEN, “Overzicht van rechtspraak. verbintenissen”, *TPR* 1994, p. (171) 268 v., nr. 66-72.

De intensiteit van de last voor een overeenkomstspartij om initiatieven te nemen om zichzelf of de wederpartij in te lichten, hangt al bij al dus in de regel af van de graad waarmee haar handeling verwachtingen opwekt en van de maatschappelijke verhouding tussen partijen.

c) De bijzondere betekenis van het geschreven woord als uitdrukking van het vertrouwensbeginsel.

(47. VERTROUWEN OP HET GEGEVEN WOORD, IN HET BIJZONDER OP HET GESCHREVEN WOORD) Hoger werd reeds gezegd dat de gebondenheid uit overeenkomst, voortbouwend op de metafoor van Grotius, kan worden begrepen als de afgifte door de aangesproken schuldenaar - door middel van een vrijwillige handeling - van een deel van zijn vrijheid, altans op symbolische wijze, door middel van tekens. Woorden zijn daarbij in onze cultuur de belangrijkste symbolen. Een gebondenheid uit overeenkomst ontstaat daarom normaal doordat men zijn woord heeft gegeven : "Een man, een man, een woord, een woord"¹⁰¹. Een persoon verkrijgt maatschappelijk gezien zijn identiteit maar door de voorstelling die hij van zichzelf bij anderen heeft gemaakt - vooral in zijn woorden - ook waar te maken¹⁰². Eenieder beperkt zijn vrijheid door bij anderen voorstellingen (*representations*) te maken¹⁰³ van wat hij zal doen (welke prestaties hij zal verrichten). Daartoe is niet vereist dat men ook de rechtsgevolgen heeft beoogd. Beloven doet men, zoals hoger (randnr. 38) gezegd, om allerlei redenen, maar niet omdat men "rechtsgevolgen wil". Men neemt deze erbij om zichzelf niet maatschappelijk onaanvaardbaar te maken. Het is dan ook "normaal" dat een "gegeven woord" wordt nagekomen, en niet zonder toestemming van de persoon aan wie het gegeven is wordt ingetrokken.

Het recht wordt dan ook door het vertrouwensbeginsel beheerst in zoverre het de mensen bindt tot nakoming van het woord dat zij hebben gegeven, de voorstelling die zij aan anderen hebben gegeven van wat zij gaan doen. Belofte maakt schuld. Het is de "afgifte" van de belofte die normaal de afgifte van een stukje vrijheid

¹⁰¹ "Een man, een man, een woord, een woord", is ook de titel van de bijdrage van J. EGGENS in de Suijling-bundel, herdrukt in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, II, Samson Alphen/Rijn 1959, 200 v. Eggens verzoent daarin zelfbeschikkingsbeginsel en vertrouwensbeginsel op voorbeeldige wijze in het begrip "persoon".

¹⁰² Een interessant getuigenis hiervan vinden we bij Hannah ARENDT, *The Human Condition*, Double Day New York 1959, 237 : "Without being bound to the fulfilment of promises, we would never be able to keep our identities; we would be condemned to wander helplessly and without direction in the darkness of each man's lonely heart, caught in its contradictions and equivocalities - a darkness which only the light shed over the public realm through the presence of others, who confirm the identity between the one who promises and the one who fulfils, can dispel".

¹⁰³ J. KÖNDGEN, "Reconstructing promissory obligation : a socio-legal analysis", 11. *Tel Aviv University Studies in Law* 1992, 151 v.

meebrengt¹⁰⁴. Onder voorbehoud van bijsturing op grond van andere beginselen, dient de bindende kracht daarbij des te groter te zijn naarmate duidelijker, uitdrukkelijker een woord is gegeven.

Een duidelijke aanwijzing daarvoor vinden we in de bijzondere bewijswaarde van “akten”, ondertekende schriftelijke verklaringen. Door art. 1341 BW is het tegenbewijs “tegen of boven de inhoud van akten” alsook “omtrent hetgeen men zou beweren voor, tijdens of sinds het opmaken te zijn gezegd” immers even sterk beperkt als het bewijs van een verbintenis bij afwezigheid van een akte. Behoudens de beperkte mogelijkheden van tegenbewijs, betekent dit dat de rechter de inhoud van de rechtsverhouding tussen partijen moet uitleggen op grond van de akte zelf, en niet op grond van wat partijen feitelijk zouden hebben gewild. In de rechtspraak van het Hof van cassatie¹⁰⁵ wordt aan die regel streng de hand gehouden : wanneer er een geschrift is moet de rechter daarin de wil van de partijen vinden. Dit betekent minstens *de facto* dat de *promissaris* die het woord van de belover schriftelijk in zijn bezit verkrijgt, in beginsel géén nader onderzoek moet verrichten of de belover wel heeft beseft wat hij heeft toegezegd. Van onderzoek naar een feitelijke wil die van de normale betekenis van de verklaring zou afwijken is hij vrijgesteld, omdat de akte zo’n sterk vertrouwensfeit is. Wel zal hij in geval van twijfel aan de normale betekenis genoeg moeten nemen met de voor hem minst gunstige uitleg (art. 1162 BW).

Bijsturing van deze regel vinden we hoofdzakelijk wanneer er een of andere vorm van onevenwicht is tussen partijen, een onevenwicht in kennis, ervaring, behoefte of andere machtspositie. Het tegengewicht krijgt opnieuw meestal de vorm van onderzoeks- en mededelingsplichten. Dan worden er strengere eisen gesteld, niet aan de wil (bedoeling) van de zwakkere, maar aan het ingelicht zijn van de zwakkere en aan de gedraging van de sterkere.

d) Nogmaals mededelings- en onderzoekslasten.

(49. MEDEDELINGS- EN ONDERZOEKSLASTEN VAN DE BEDINGER)
Vanuit het hogerbeschreven (nr. 42) verschieft is het begrijpelijk dat de onderzoekslast in sommige gevallen - meer bepaald wanneer de machtsverhouding tussen partijen ongelijk is - zelfs een waarschuwinglast meebrengt. Het gaat hier dan om een last van de ene partij om de andere te waarschuwen voor de ernst van de verplichtingen

¹⁰⁴ Zo ook is het de afgifte van de akte die ze een bijzondere bewijswaarde geeft. Zolang de akte in het bezit is gebleven van de belover zelf, heeft ze slechts een veel mindere bewijswaarde. Vgl. POTHIER, *Traité des obligations*, nr. 748; C.B. TOULLIER, *Le droit civil VIII* nr. 349; R. DEMOGUE, *Obligations II* nr. 540 *bis* en 553 *ter*. Vgl. ook P. van Ommeslaghe, "Examen de Jurisprudence. Les obligations", *RCJB* 1975, (423) nr. 130 en *RCJB* 1986, (32) nr. 56.

¹⁰⁵ Cass. 24-3-1988, *Arr* 972 en Cass. 10-1-1994, *Arr* 16, beiden besproken door W. DE BONDT, "Uitlegging van overeenkomsten naar de geest : mogelijkheden, grenzen en alternatieven", *RW* 1996-97, (1001) 1002 v.

die ze aangaat of het nadeel dat ze door haar handeling zal lijden of voordeel dat ze zal missen, ook al gaat het om een normaal gevolg van de aard van het goed of de overeenkomst of van de tekst van de overeenkomst.

In zekere zin kwam dergelijke mededelingslast hoger reeds ter sprake m.b.t. koop en aanneming. De verkoper of aannemer kan er immers toe gehouden zijn de koper of opdrachtgever erop te wijzen dat de toegezegde prestatie beperkt blijft tot de geschiktheid voor bepaalde (met name “normale”) vormen van gebruik en dat hij geen waarborg biedt (van geschiktheid) voor een daarvan afwijkend gebruik.

Een voorbeeld is het reeds genoemde art. 30 WHPC krachtens hetwelk de verkoper ten laatste op het ogenblik van het sluiten van de verkoop te goeder trouw aan de verbruiker de behoorlijke en nuttige voorlichting moet geven betreffende de kenmerken van het produkt of de dienst *en betreffende de verkoopsvoorwaarden*, rekening houdend met de door de verbruiker uitgedrukte behoefte aan voorlichting en rekening houdend met het door de verbruiker meegedeelde of redelijkerwijze voorzienbare gebruik”.

Verder zijn er bijzondere verbruikersbeschermende bepalingen, krachtens dewelke de verbruiker specifiek op bepaalde van zijn rechten of plichten moet worden gewezen. Wat zijn rechten betreft, zien we dit bv. voor het herroepingsrecht van de verbruiker : niet alleen heeft de verbruiker in een aantal gevallen zo'n herroepingsrecht, bovendien loopt de termijn waarbinnen hij het moet uitoefenen, niet zolang hij er niet van is verwittigd dat hij over die termijn beschikt of, meer nog, is hij gewoon niet gebonden aan de overeenkomst en moet hij noch betalen noch het goed teruggeven (art. 79 § 2, laatste lid WHPC; zie ook art. 88 en 89 WHPC; zie ook art. 18 *j*° 14 § 3, 13° Verbruikerskredietwet). Wat zijn plichten betreft, is dit bv. het geval voor de omvang van het kostenpercentage in geval van verbruikerskrediet (art. 14 § 3, 5° Verbruikerskredietwet).

Belangrijke toepassingen zijn te vinden in verzekeringsovereenkomsten, waar de verzekeraar de verplichting kan hebben de verzekeringnemer specifiek te waarschuwen betreffende bepaalde uitsluitingen. Vraag is wel in hoeverre deze waarschuwingsplicht van de verzekeraar wordt gemilderd wanneer de verzekeringnemer wordt bijgestaan door een raadgevend tussenpersoon, met name een onafhankelijke makelaar. Ook zal de omvang van de waarschuwingsplicht opnieuw mee bepaald worden door het bedrijfs- of verbruiksmatig karakter van de verzekering voor de nemer.

Vergelijkbare bepalingen vinden we in art. 36 § 1, 4° en 5° Beleggingsdienstenwet 6-4-1995¹⁰⁶.

Een zwakkere vorm van deze last vinden we bv. in art. 5 van de richtlijn onrechtmatige bedingen in verbruikersovereenkomsten. Dat bepaalt dat niet afzonderlijk onderhandelde bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk moeten worden opgesteld. Deze mededelingsplicht is duidelijk een uitlegregel. Rechtsgevolg is immers dat in geval van twijfel over de betekenis van een beding, de voor de verbruiker gunstigste uitleg voorrang krijgt.

Overigens wijzen de andere bepalingen van deze richtlijn ook op het versnijden van zelfbeschikkingsbeginsel en wederkerigheidsbeginsel : waar bedingen niet afzonderlijk zijn onderhandeld, worden zij getoetst op hun wederkerigheidsgehalte. Art. 3, lid 1 houdt immers in dat een niet afzonderlijk onderhandeld beding de verbruiker niet bindt indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen aanzienlijk verstoort ten nadele van de verbruiker.

(50. DE ROL VAN PROFESSIONELE BIJSTAND) Een m.i. belangrijke vraag is in hoeverre een partij het onevenwicht in informatie (al dan niet) zelf moet opvangen door zelf een beroep te doen op professionele bijstand wanneer zij zich goederen of diensten aanschaft of overeenkomsten sluit. Het Belgische recht neigt ertoe veeleer na te gaan of men feitelijk over dergelijke bijstand beschikte, en stelt te weinig de vraag in hoeverre men zich dergelijke bijstand zou moeten verschaffen. Moet men bv. een tweedehandsauto zelf laten keuren vooraleer hem te kopen ? De rechtszekerheid zou meer gediend zijn met het laatste. Meerdere andere overwegingen spelen echter ook een rol. Zo zou men kunnen oordelen dat doorgaans van verbruikers niet kan worden verwacht dat zij zich laten bijstaan, van professionelen wel (voor zover ze zelf niet deskundig zijn). Doch dit kan niet de enige maatstaf zijn; het antwoord moet afhangen van de gebruiken zoals die specifiek gelden voor de relevante markt (van dat soort goederen of diensten). En dit hangt op zijn beurt ook af van het aanbod aan bijstand dat op die markt aanwezig is (zo er geen voldoende aanbod is, kan men het beroep op dergelijke bijstand niet als normaal beschouwen). Vanzelfsprekend zijn er een heel aantal gevallen waar professionele bijstand verplicht is, zo bv. voor wie een huis wil bouwen (bijstand van een architect is verplicht), voor bepaalde rechtsplegingen (het belgische recht kent geen algemene verplichting tot procesvertegenwoordiging of -bijstand door een advocaat), e.d.m.

Het komt mij voor dat men professionele bijstand sneller normaal mag vinden voor de technische inhoud van de overeenkomst. Wat evenwel de meer rechtelijke inhoud

¹⁰⁶ Dit betreft de omzetting in belgisch recht van de Beleggingsdienstenrichtlijn van 10-5-1993. In de voorbereidende werken van die richtlijn wordt uitdrukkelijk over *Obliegenheiten* (lasten) gesproken.

van een overeenkomst betreft, is het niet wenselijk om partijen te verplichten hun verhoudingen nog meer te verrechtelijken. Eenmaal er een geding is, moet rechtsbijstand als normaal worden beschouwd, en mag men aan de ene partij ook niet te zeer vragen rekening te houden met de belangen van de wederpartij, omdat die nu eenmaal geen advocaat heeft¹⁰⁷. Dit is m.i. niet zo bij het sluiten van overeenkomsten, waar meer rekening moet worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij (goede-trouw-eis), meer bepaald bij ongelijke deskundigheid en bijstand. Men kan het de verbruiker niet ten kwade duiden dat hij geen beroep doet op rechtsbijstand voor het aankopen van goederen en diensten. Een partikulier mag daarmee slechts voor heel belangrijke verrichtingen worden belast - overigens geschiedt dit normaal door de tussenkomst van een notaris verplicht te stellen¹⁰⁸.

3. Uitleg en dwaling, *misrepresentation*

(51. VRAAGSTELLING EN TOEPASSINGSGEBIED) Zoals in andere landen, erkent men nu ook in België dat soortgelijke informatie- en onderzoekslasten en -- plichten meer en meer de eigenlijke wilsgebreken, in het bijzonder dwaling, beheersen¹⁰⁹. Bij dwaling gaat het om voorstellingen die de wederpartij zich heeft gemaakt van feiten (waaronder traditioneel ook het “bestaan” van een rechtsregel kan vallen, de zgn. rechtsdwaling), niet van de inhoud van de overeenkomst die zij sluit of belofte die zij doet. De mededelings- en onderzoekslasten bij dwaling hebben dan ook betrekking op dergelijke voorstellingen die men zich maakt of die de wederpartij zich zou maken. Wel kan de afbakening tussen uitleg en dwaling verschuiven in de loop der geschiedenis, en is een zekere overlap inderdaad denkbaar.

Zo is rechtsdwaling normaal slechts van belang voor zover die rechtsdwaling ook meebrengt dat een partij zich een verkeerde voorstelling maakt van de inhoud van de overeenkomst die zij onder invloed van die dwaling sluit. Dan gaat het echter om een uitlegvraag en geen eigenlijke dwalingsvraag. De regels inzake dwaling zouden in

¹⁰⁷ Wel is het niet toegelaten om misbruik te maken van het gebrek aan bijstand door een advocaat bij de wederpartij, alsook van behoeften, zwakheden, onkunde e.d. van de wederpartij, en dit meer bepaald bij de voorstelling van de feiten. Vgl. J. STEVENS, *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, nr. 482. Zie verder W. HENCKEL, *Prozeßrecht und materielles Recht*, 145. Volgens de deontologische regels moet een advocaat bij besprekingen of onderhandelingen de tegenpartij erop te wijzen dat hij slechts als raadsman van zijn cliënt optreedt en de tegenpartij uit te nodigen zich eveneens door een advocaat te laten bijstaan (deontologische regels Nederlandse Orde van advocaten Brussel; art. 2 Reglement van de Orde van advocaten te Luik van 24-4-1977; BRAUN & MOREAU, *La profession d'avocat*, Brussel 1985, nr. 575.

¹⁰⁸ Daarbij rijst wel de vraag in hoeverre notarissen, die *de facto* door één van de partijen worden gekozen, daadwerkelijk onpartijdig zijn. In België groeit dan ook de neiging om te werken met twee notarissen, één voor elke partij (waarbij zij het ereloon moeten delen) - wat hen de mogelijkheid geeft om binnen de grenzen van de wet “partijdiger” te zijn.

¹⁰⁹ Zie D. FRERIKS, *TPR* 1992, (1187) 1203 v.; KRUITHOF & BOCKEN, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 338 v.

beginsel dan ook slechts ter sprake moeten komen in zeldzame gevallen, waar de betrokkenen derden zijn, zoals bv. de verzaking van een legaat (in de verkeerde overtuiging dat dit een bepaalde persoon ten goede zou komen)¹¹⁰.

Feitelijke dwaling anderzijds dient slechts ter sprake te komen wanneer de voorstelling van zaken, waarover men dwaalt, niet tot voorwerp van de verbintenis van de wederpartij wordt. Dit laatste evenwel wordt heden sneller aanvaard dan vroeger. Kenmerkend is de ontwikkeling van het kooprecht. Verborgen gebreken werden vroeger veeleer als een bijzonder geval van dwaling begrepen, vandaag de dag veeleer als een vorm van niet-(konforme-)nakoming (zie verder ook randnr 54.). Voor zover de wederpartij ertoe gehouden is een prestatie te leveren die aan de voorstelling van de eerste partij beantwoordt, kan de eerste partij de remedies wegens niet-nakoming gebruiken, en zijn de regels inzake dwaling m.i. zelfs niet van toepassing. Maar ik moet toegeven dat de samenloop tussen beide regelingen in België nog regelmatig wordt aanvaard (de aansprakelijkheid uit overeenkomst heeft wel een negatieve reflexwerking t.a.v. een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, maar niet t.a.v. de vernietigbaarheid wegens dwaling).

(52. WERKING VAN MEDEDELINGS- EN ONDERZOEKSLASTEN)
Mededelings- en onderzoekslasten zijn in het Belgisch recht inzake dwaling binnengedrongen via het vereiste van de verschoonbaarheid van de dwaling. Niet elke dwaling leidt tot vernietigbaarheid, maar enkel de verschoonbare dwaling die bepalend¹¹¹ is geweest (een bijkomstige verschoonbare dwaling kan wel leiden tot schadevergoeding, mogelijks ook tot gedeeltelijke nietigheid en dus aanpassing van de overeenkomst). Hoewel daarbij traditioneel niet dienend was of de dwaling voor de wederpartij kenbaar was, komt ook dat gegeven in de jongere rechtspraak naar boven¹¹². Door de ontwikkeling van onderzoeks- en mededelingslasten en -plichten betekent verschoonbaarheid vandaag - behoudens het geval van gemeenschappelijke dwaling - niets anders meer dan dat de tegenpartij eerder de dwaling had moeten vermijden dan de dwalende. Onverschoonbaarheid betekent omgekeerd dat de dwalende dat eerder zelf had moeten doen. Dit komt ongeveer op hetzelfde neer als de regel van art. 6:228 NBW, krachtens dewelke determinerende dwaling tot vernietigbaarheid leidt wanneer a) zij te wijten is aan een inlichting van de wederpartij, tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou zijn

¹¹⁰ Zie daarvoor Cass. 10-4-1975, *Arr* 871 = *RCJB* 1978, 198 noot COIPEL. Het arrest is veelvuldig bekritiseerd, omdat het een rechtsdwaling onverschoonbaar achtte, hoewel de vergissing ingegeven was door de juridische raadslieden van de verzaker.

¹¹¹ Het begrip “zelfstandigheid van de zaak” uit art. 1108 BW wordt door een vaste rechtspraak begrepen als “ieder element dat doorslaggevend is geweest voor de partij om de overeenkomst aan te gaan, derwijze dat de overeenkomst zonder dat element niet zou zijn gesloten” (Cass. 31-10-1966, *Arr* 301; Cass. 27-10-1995, *RW* 1996-97, 298).

¹¹² Het net aangehaalde Cass. 27-10-1995 onderstreept in de afwijzing van de voorziening in cassatie duidelijk dat het Hof van beroep heeft vastgesteld dat de bedinger het belang kende dat de tegenpartij hechtte aan de ontbrekende hoedanigheid.

gesloten, b) de wederpartij i.v.m. hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten. In deze nauwkeurige verwoording kan men ook goed de twee vlakken van mededelings- en onderzoekslast onderscheiden. Deze betreffen namelijk niet alleen de kennis van de dwaling, maar ook de kennis van de bepalende, altans dienende, aard van de dwaling¹¹³.

Het leerstuk dwaling bewijst m.i. opnieuw dat ons overeenkomstenrecht niet kan worden verklaard door middel van de wilsleer, maar enkel door een verbinding van meerdere rechtsbeginselen. Daarbij hoort natuurlijk ook het zelfbeschikkingsbeginsel, mits het juist wordt begrepen : nl. vanuit de vraag of de bedinger de (zelfbeschikking van de) belover voldoende heeft geëerbiedigd. Het vertrouwen van de bedinger op de toegezegde prestatie wordt namelijk niet beschermd wanneer hij weet of behoorde te weten dat de tegenpartij gedwaald heeft of de dwaling heeft veroorzaakt; het wordt wel beschermd wanneer de dwalende zelf eerder behoorde te weten dat de voorstelling van zaken waarop hij voortbouwde verkeerd was.

(53. KONKRETIZERING EN STANDAARDIZERING VAN MEDEDELINGS- EN ONDERZOEKSLASTEN) De omvang van de mededelings- en onderzoekslast zal ook hier mee bepaald worden door de maatschappelijke positie van partijen en de deskundige bijstand waarover zij beschikten of dienden te beschikken. Voor het laatste gelden de in randnr. 51 gegeven beschouwingen. De rechtspraak maakt dan ook een duidelijk onderscheid tussen professionelen en leken *qua* onderzoekslast. De wetgeving is verder geneigd om in bijzondere overeenkomsten - meer bepaald massa-overeenkomsten - die informatie- en onderzoekslast nader te gaan regelen door middel van standaardprocedures.

Zo bv. volgt uit art. 6 en 7 van de Landverzekeringsovereenkomstenwet van 25-6-1992 (LVO) dat dwaling van de verzekeraar nog slechts speelt indien zij het gevolg is van verzwijging of onjuiste mededeling van gegevens door de verzekeringnemer. De rechtszekerheid wordt verder verhoogd door technieken zoals bv. beperkende vragenlijsten. Zo heeft de verzekeringnemer in beginsel een mededelingsplicht betreffende “gegevens die hij redelijkerwijs moet beschouwen als gegevens die van invloed kunnen zijn op de beoordeling van het risico door de verzekeraar” (art. 5 LVO). Welnu, wanneer er een vragenlijst is, heeft de verzekeringnemer in beginsel geen onderzoeksplicht meer of er nog andere dienende gegevens zijn. Hij mag zich beperken tot die vragen. Meer nog, ook als hij niet antwoordt op de vraag, kan de verzekeraar geen dwaling opwerpen, enkel nog bedrog (zie art. 5, lid 2). Dwaling kan enkel nog wanneer er een onjuist antwoord werd gegeven. Standaardisering verhoogt aldus de rechtszekerheid.

¹¹³ Men zegt ietwat verwarrend dat de dwaling “gemeenschappelijk” moet zijn in die zin dat de tegenpartij moet weten of behoren te weten dat het gegeven waaromtrent gedwaald is substantieel is voor de belover.

Nog duidelijker is dit in art. 10 Verbruikerskredietwet : de verbruiker moet op verzoek van de kredietgever of kredietbemiddelaar de juiste en volledige inlichtingen verstrekken die de kredietgever of kredietbemiddelaar noodzakelijk achten (om de geldelijke toestand en terugbetalingsmogelijkheden van de verbruiker te beoordelen). Voorstellingen van zaken die de kredietgever niet uit eigen beweging heeft getoetst door er de kredietnemer over te ondervragen, kunnen dan ook geen grond voor vernietiging wegens dwaling opleveren.

4. Nader over de betekenis van feitelijke mededelingen.

(54. FEITELIJKE MEDEDELINGEN ALS WAARBORGEN) We hebben meermaals gesteld dat de belofte niet kan worden begrepen als een “mededeling” van een feitelijke wil, maar veeleer als een handeling waarmee men (naar verkeersgebruik) verwachtingen wekt (waarbij deze verwachtingen onder nadere voorwaarden worden beschermd). Maar wat met werkelijk “feitelijke” mededelingen, m.b. gedaan voor of bij het doen van een belofte, betreffende de beloofde prestatie ? Het belangrijkste voorbeeld daarvan is de beschrijving die de verkoper geeft van de te koop aangeboden zaak.

Zoals in randnr. 51 uiteengezet kunnen dergelijke mededelingen in beginsel een oorzaak van dwaling vormen. Aldus kunnen zij de wederpartij de mogelijkheid geven de overeenkomst te vernietigen (wanneer de dwaling bepalend is) of schadevergoeding *c.q.* gedeeltelijke vernietiging te vragen (bijkomstige dwaling). In een aantal gevallen gaat ons recht verder en verplicht het de partij die de mededeling heeft gedaan om een prestatie te leveren die aan die mededeling beantwoordt, ook al was het een feitelijke mededeling die niet aan de werkelijkheid beantwoordde. Het gaat hier dan om zgn. waarborgverbintenissen. In de *Principles of European contract law* vinden we een uitdrukkelijke regel¹¹⁴ : *Article 6:101. Statements giving rise to Contractual Obligations.*

“(1) A statement made by one party before or when the contract is concluded is to be treated as a contractual undertaking if that is how the other party reasonably understood it in the circumstances, including:

- (a) the apparent importance of the statement to the other party;*
- (b) whether the party was making the statement in the course of business; and*
- (c) the relative expertise of the parties.*

(2) If one of the parties is a professional supplier who gives information about the quality or use of services or goods or other property when marketing or advertising them or otherwise before the

¹¹⁴ Vgl. § 2-313 van de Amerikaanse *Uniform Commercial Code*; zie ook art. 7:18 NBW. Voor een rechtsvergelijkend overzicht, zie P.S. ATIYAH, "Misrepresentation, warranty, estoppel", in *Essays on Contract*, Clarendon Oxford 1986, 275 v.

contract for them is made, the statement is to be treated as a term of the contract unless it is shown that the other party knew or could not have been unaware that the statement was incorrect.

(3) Such information and undertakings given by a person advertising or marketing services, goods or other property for the professional supplier, or by a person in earlier links of the business chain, will also be treated as contractual undertakings by the professional supplier unless he did not know and had no reason to know of the information or undertaking”.

Het derde lid lijkt me verder te gaan dan het geldende recht in België, maar is wel gelijkaardig aan de regels opgenomen in de ontwerp-richtlijn betreffende de verkoop van en de waarborgen voor consumptiegoederen. De eerste twee leden daarentegen geven het huidige Belgische recht vrij goed weer, al wordt ons recht meestal niet in die termen verwoord. Hoewel een mededeling als dusdanig geen belofte is, wordt daar toch vaak een belofte in gelezen : ook hier wordt de mededeler aan zijn woord gehouden, niet omdat hij dat zou hebben gewild, maar omdat hij een redelijk vertrouwen op een aan die beschrijving beantwoordende prestatie heeft opgewekt.

5. Iets over de aard van onderzoeks- en informatielasten.

(55. GEEN VERPLICHTINGEN, MAAR *OBLIEGENHEITEN*) Over de aard van de meeste van deze onderzoeks- en mededelingslasten heb ik het elders¹¹⁵ reeds uitvoeriger gehad, wat mij de mogelijkheid geeft kort te zijn. Tot een “last” (*Obliegenheit, charge*) is een partij niet gehouden op straffe van afdwinging, noch van schadevergoeding, maar op straffe van beperking of verwerking van haar recht. De meeste subjektieve rechten zijn aldus met lasten bezwaard; het verkrijgen van subjektieve rechten hangt veelal af van de nakoming van voorkontraktuele lasten, zoals diegene die in dit preadvies reeds ter sprake kwamen. In vele gevallen gaat het inderdaad om voorkontraktuele lasten, en niet om verplichtingen, omdat zij inderdaad noch met uitvoering *in natura*, noch met schadevergoeding worden beteugeld.

In het kader van de eigenlijke wilsgebreken (dwaling, bedrog) e.d.m. zou men het ten dele nog over verplichtingen kunnen hebben. Wanneer een partij een overeenkomst kan vernietigen wegens dwaling, meer bepaald omdat zij door de andere partij verkeerd is ingelicht, dan leidt dit er immers toe dat zij in de toestand wordt gebracht waarin ze zou hebben verkeerd indien de verkeerde inlichting niet was gegeven, nl. dat ze de overeenkomst niet zou hebben gesloten (indien de verkeerde inlichting bepalend was) dan wel tegen andere voorwaarden (indien ze niet bepalend, maar bijkomstig was).

¹¹⁵ Mijn *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, p. 197 v. nr. 196 v.; “De goede trouw in het geding”, *TPR* 1990, (353) 375, nr. 11-13; “Bewijs- en verbintenisrechtelijke beschouwingen omtrent het stilzitten van de aangesprokene bij een faktuur en bij andere vormen van aanspraakbevestiging”, *TBH* 1991, 463. Zie ook V. CHRISTIANOS, *L'obligation d'informer dans la vente des produits mobiliers*, Story Brussel 1987, 46-47 (“charge”).

Maar wanneer een koper genoeg moet nemen met een zaak die geschikt is voor het normale gebruik, maar niet voor datgene waarvoor hij dit heeft bedoeld, en wel omdat hij dit bijzondere doel niet heeft meegedeeld, dan moet de verkoper niet in de toestand worden geplaatst waarin hij was geweest indien hij die inlichting had verkregen. De koper moet integendeel genoeg nemen met de zaak en kan zich niet beroepen op zijn afwijkende voorstelling van zaken. Deze beteugeling is niet te herleiden tot een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. De wettelijke grondslag van deze lasten is dan ook niet art. 1382 BW. In die gevallen waarin deze lasten wettelijk zijn bepaald (bv. art. 30 WHPC) is het deze wetsbepaling, in de andere gevallen de verplichting overeenkomsten te goeder trouw te sluiten en uit te leggen (waarvan die bijzondere bepalingen historisch toch ook weer een konkretisering zijn).

Ook de onderzoekslast van de dwalende is een last. Zij wordt immers beteugeld door de dwaling onverschoonbaar te achten, en zo de dwalende het recht te ontzeggen om de overeenkomst wegens dwaling te vernietigen (ook al was die dwaling er wel). De rechtspraak ziet dan ook terecht - tegen de meerderheid van de rechtsleer in - de grondslag voor onverschoonbare dwaling niet in de voorkontractuele aansprakelijkheid (eigen schuld van de belover), maar in een beperking van het recht dwaling in te roepen.

6. Nadere uitwerking van de normaliteit van de opgewekte verwachting : uitleg van rechtshandelingen naar verkeersgebruik.

(56. NORMALITEIT A *CONTRARIO* UIT HET ZELFBESCHIKKINGSBEGINSEL) Tot nu toe werd de werking van het vertrouwensbeginsel geïllustreerd door te onderzoeken in welke mate de opgewekte verwachting van de “normale gang van zaken” wordt beschermd, zonder evenwel die normaliteit uit te werken. Wel werd de normale verwachting onderscheiden van de rechtens beschermde verwachting. De normale verwachting wordt immers niet steeds beschermd, omdat het vertrouwensbeginsel door andere beginselen wordt bijgestuurd. Of de normale (opgewekte) verwachting ook door het recht wordt beschermd wordt mede bepaald door de eerbiediging van de (zelfbeschikking van) de wederpartij. De afweging van deze beide beginselen (vertrouwensbeginsel en zelfbeschikkingsbeginsel) geschiedt vooral door middel van mededelings- en onderzoekslasten. De intensiteit daarvan wordt dan weer mede door andere beginselen bepaald (wederkerigheidsbeginsel, risikobeginsel, maatschappelijke positie, verkeersgebruik inzake deskundige bijstand). De “normaliteit” van de verwachting kan dan ook onmogelijk worden omschreven aan de hand van de “rechtmatigheid” van het vertrouwen. “Rechtmatig vertrouwen” is het resultaat van een redenering, en kan daartoe dus onmogelijk een toepassingsvoorwaarde zijn.

Uit de tegenstelling met het zelfbeschikkingsbeginsel kan men wel afleiden dat de “normale” verwachting diegene is die men heeft zonder ergens “iets achter te zoeken”. Hoger stelde ik reeds dat het m.i. verkeerd is dat als een loutere schijn te

bestempelen. De normale gang van zaken heeft menselijk en maatschappelijk een positieve betekenis en kan niet worden herleid tot het schijnbare, tot een voor misverstaan vatbare manifestatie van een dieperliggende werkelijkheid. Het gaat over de normale gang van zaken zoals die uit de verwachting wekkende gedragingen kan worden afgeleid, en niet uit iets dat daarachter verborgen zou liggen. Dit loopt min of meer gelijk met de hierboven aangehaalde rechtspraak van het Hof van cassatie, volgens dewelke de uitleg van een akte uit de akte zelf moet worden afgeleid, en niet vanuit een wil waarvan de akte slechts een zekere afspiegeling zou zijn. Het is in die zin dat het vertrouwensbeginsel het beginsel is krachtens hetwelk de uitleg van een rechtsverhouding uitgaat van “*das Vertrauen auf äußere Tatbestände*”¹¹⁶, d.w.z. de inlichtingen waarover men zonder diepgaand onderzoek beschikt.

Het laten doorwerken van dit beginsel is een maatschappelijke noodzaak, omdat het erop neerkomt dat mensen zinvol kunnen handelen en daarbij op tekens kunnen voortgaan zonder telkens tot het uiterste te moeten nagaan “wat erachter zit”. Vertrouwen is vanzelfsprekend een vereenvoudiging van de werkelijkheid, maar het is een noodzakelijke vereenvoudiging. Doorwerking van het vertrouwensbeginsel belet dat de “informatiekost” onevenredig hoog wordt.

(57. NORMALITEIT A CONTRARIO UIT HET WEDERKERIGHEIDSBEGINSEL) Uit de bijsturing van het vertrouwensbeginsel door het wederkerigheidsbeginsel kan men nog iets meer afleiden. De “normaliteit” van de verwachting houdt nl. nog niet in dat de partij bij wie de verwachting werd gewekt daadwerkelijk in vertrouwen op die verwachting heeft gehandeld, en meer bepaald tot haar eigen nadeel of tot voordeel van de tegenpartij. Of het vertrouwen ook door het recht wordt beschermd daarentegen, zal wel mede afhangen van “*benefit and detriment*”¹¹⁷.

Dit laatste betekent overigens niet dat de bescherming van verwachtingen over het algemeen beperkt is tot het “negatief belang”, d.i. de schade die men lijdt door te vertrouwen. Een vertrouwen dat in een kontekst van reciprociteit plaatsvindt, wordt integendeel in de regel beschermd voor het “positief belang” (*expectation interest*, *Erfüllungsinteresse*), d.i. ten belope van het verwachte voordeel en niet slechts van het geleden nadeel. Bij verbintenissen uit overeenkomst is dit het voordeel dat men heeft bij de uitvoering van de overeenkomst, en niet slechts de kosten die men heeft gemaakt en andere schade geleden door het onderhandelen en sluiten van de overeenkomst (vgl. hierboven nr. 55). Een andere oplossing zou de ontkenning beteken van het overeenkomstenrecht als onderscheiden van het aansprakelijkheidsrecht buiten overeenkomst.

¹¹⁶ Overeenkomstig het opschrift van het werk van M. WELLSPACHER, *Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte*, Manz Wien 1906.

¹¹⁷ Hierop wordt zeer sterk de nadruk gelegd door P.S. ATIYAH, *Rise and Fall of the freedom of contract*, Clarendon Oxford 1979, onder meer 713. Grote nadruk hierop vinden we ook bij J. SMITS, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, Gouda Quint Arnhem 1996

Maar de bijsturing van het vertrouwensbeginsel door het wederkerigheidsbeginsel houdt wél in dat het vertrouwen in beginsel maar wordt beschermd wanneer het kadert in een of andere vorm van wederkerigheid. Deze wederkerigheid moet wel veel ruimer worden begrepen dan de strikte wederkerigheid van prestaties in een overeenkomst of de *consideration* van het anglo-amerikaanse *common law*¹¹⁸.

Het onderscheiden van deze beginselen geeft omgekeerd ook het volgende aan. Het feit dat men tot zijn eigen nadeel of tot voordeel van de tegenpartij heeft gehandeld, feitelijk vertrouwend op andermans gedraging, is op zichzelf evenmin voldoende voor de rechtmatigheid van het vertrouwen. De verwachting moet bovendien ook “opgewekt” en “normaal” zijn. Het belang van de wederkerigheid en van de aandacht voor het zelfbeschikkingsrecht van de belover neemt af naargelang de zekerheid (zekerheid van een bepaalde gang van zaken) die door de belover wordt opgewekt bij de *promissaris*. De intensiteit waarmee vertrouwen wordt opgewekt hangt af van de aard van de gedraging, zoals hoger reeds werd uitgewerkt. Maar daarbij is nog weinig gezegd over de bepaling van de (terzakelijke) inhoud van de opgewekte verwachting.

(58. NORMALITEIT EN GEBRUIKELIJKE BETEKENIS VAN DE VERKLARING) Is de “normale betekenis” van een gedraging dan gelijk te stellen met de normale betekenis van de gebruikte bewoordingen ? Is het vertrouwensbeginsel gelijk te stellen met de oude kenspreuk “*on lie les bæufs par leurs cornes et les hommes par leurs paroles*” ? Ten dele wel, ten dele niet. Ten dele wel, omdat het menselijk en maatschappelijk inderdaad normaal is dat mensen hun woord houden, zoals hoger reeds uiteengezet. Ten dele niet, omdat een belofte omzeggens nooit als onvoorwaardelijk mag worden begrepen. De normale betekenis is de betekenis die een woord heeft in een bepaalde kontekst. Woorden zijn op zichzelf nooit duidelijk, ze zijn dit enkel in hun kontekst. De normale betekenis van een belofte uitgesproken door een toneelspeler in de schouwburg betekent natuurlijk niet dat hij die belofte ook zal nakomen. Of men aan zijn woord gebonden is, hangt in die zin af van de kontekst waarin het is uitgesproken. De vorm waarin het woord wordt gegeven speelt daarbij zeker een rol, zoals hoger reeds uiteengezet voor de schriftelijke belofte. Men kan dan ook niet spreken van “dé” bindende kracht van de belofte, maar slechts van de bindende kracht van bepaalde beloften, of juist nog van gradaties van bindende kracht van de belofte. Sommige verbintenissen zijn onvoorwaardelijker dan andere. Juristen proberen die gradaties op verschillende wijzen te schematizeren : er zijn verbintenissen onder (opschortende of ontbindende) “voorwaarde” in de eigenlijke zin, er zijn wederkerige verbintenissen (waarvan men zich in beginsel kan bevrijden bij niet-nakoming van de tegenverbintenis), er is een gradatie zoals die tussen inspanningsverbintenissen, resultaatsverbintenissen en waarborgverbintenissen, er zijn opzegbare en niet-opzegbare verbintenissen, e.d.m.

¹¹⁸ J. KÖNDGEN, 11. *Tel Aviv University Studies in Law* 1992, (151) in het bijzonder 176 v.

Art. 1135 BW - dat ten onrechte te weinig als een fundamentele uitlegregel wordt gezien¹¹⁹ - bepaalt dan ook zeer duidelijk dat “overeenkomsten niet alleen verbinden tot hetgeen daarin uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend”.

Nu zou men kunnen opwerpen dat dit begrip van normaliteit niets bijbrengt, omdat het eigenlijk gewoon een dekmantel is voor het geheel van (regelende en dwingende) rechtsregels. Daarmee zet men de zaken evenwel op hun kop. Rechtsregels zijn precies een differentiatie ten aanzien van wat maatschappelijk normaal wordt gevonden, een normativering ervan. Buiten het recht om en buiten de wetenschap om reageert de mens bij het niet uitkomen van zijn verwachtingen ten dele normatief (*kontrafaktisch*), door aan zijn verwachting vast te houden tegen de gang van zaken in, en ten dele cognitief, door zich bij die afloop neer te leggen en aldus te “leren” dat verwachtingen van de aard die hij had niet altijd uitkomen. Maar recht en wetenschap gaan dit juist uitdifferentiëren. Het recht gaat vasthouden aan de “rechtmatig” geachte verwachtingen, tegen de feitelijke gang van zaken in - wat niet belet dat een modern rechtsstelsel mechanismen heeft om (voor de toekomst) regels te wijzigen, onder meer wanneer blijkt dat zij te zeer tegen de feiten ingaan. De wetenschap doet het omgekeerde.

Waar het ons hier om te doen is, is daarentegen precies om de rechtsregels, juister nog het stellige recht in zijn geheel, te verklaren (en tegelijk ten dele te rechtvaardigen en desnoods te bekritiseren), en wel door na te gaan op welke wijze deze rechtsregels uitdrukking geven aan een aantal rechtsbeginselen. De specifieke regels van ons stellig recht nu zijn niet te verklaren vanuit het zelfbeschikkingsbeginsel alleen. Het is niet juist dat verwachtingen worden beschermd als en alleen als zij gewild zijn. Ook de versnijding van zelfbeschikkingsbeginsel en wederkerigheidsbeginsel alleen kan ons overeenkomstenrecht niet verklaren. Ons overeenkomstenrecht kan slechts verklaard worden omdat de rechtmatigheid van de verwachting mede wordt bepaald door de mate waarin deze verwachting “normaal” is af te leiden uit de gedraging van de wederpartij.

Rechtsregels die de normaliteit, de normale gang van zaken, willen uitdrukken, zijn verder ook een abstraktie ten aanzien van de maatschappelijke normaliteit. Met rechtsregels alleen kan men deze niet vatten. De normale verwachting gelijkstellen

¹¹⁹ Niets in ons BW beperkt het begrip uitleg tot uitleg van de wilsverklaring, zoals men vaak stelt (onlangs bv. W. de BONDT, *RW* 1996-97, (1001) 1013). Dat men bij de uitleg niet tegen of boven de inhoud van een akte mag gaan, beperkt de rechter bij de uitleg van overeenkomsten enkel voor zover hij zijn uitleg grondt op hetgeen uitdrukkelijk is bepaald, en niet voor zover hij zijn uitleg grondt op de wet, het gebruik of de billijkheid. De bewijsregel van art. 1341 BW houdt geenszins in dat art. 1135 BW geen uitlegregel zou zijn. Overigens geeft genoemde schrijver op p. 1014 en 1017 ook toe dat uitlegging te goeder trouw en beperkende werking van de goede trouw precies hetzelfde kunnen dekken.

met het rechtsgevolg dat men door toepassing van de rechtsregels bekomt, de zekerheid in het verkeer herleiden tot rechtszekerheid, zou getuigen van een volslagen *panjuridisme*. Vanzelfsprekend is het zo dat mensen zich ten dele, en in bepaalde konteksten veel meer dan in andere, instellen op rechtsregels. Hoe meer maatschappelijke verhoudingen verrechtelijkt worden - en in de praktijk betekent dit hoe meer overeenkomsten door juristen worden geschreven - hoe zwaarder rechtsregels ook in de beoordeling van het geval moeten doorwegen. Maar men mag partijen niet verplichten hun verhouding meer te verrechtelijken dan ze uit eigen beweging doen - tenzij daar dwingende redenen van algemeen belang voor zijn¹²⁰. Daarom mag men de rechtsregels niet te zwaar laten doorwegen in verhouding tot, meer bepaald, gebruik en billijkheid. Gelukkig is er in menselijke verhoudingen echter nog ten dele een andere normaliteit dan die van de rechtsregels, die misschien wel het geraamte vormen van de maatschappelijke normaliteit, maar niet het vlees en bloed. Onze rechtstraditie heeft dit natuurlijk ook wel ingezien, en de tekst van art. 1135 BW is daarvan een bewijs : de rechtsregels vormen krachtens die bepaling maar één van de vier “bronnen” voor de invulling van verbintenissen *ex contractu*, daarnaast zijn er ook de uitdrukkelijke bedingen (verklaringen), de gebruiken en de billijkheid.

De tekst van art. 1135 BW bevestigt ook dat er, zoals hoger gezegd, binnen die normaliteit een spanning zit tussen “rechtszekerheid” (regel) en billijkheid. Men kan inderdaad de “normaliteit” van de verwachting veeleer zien in datgene wat over het algemeen normaal is, dan wel in datgene wat in de bijzondere omstandigheden van het geval normaal is. Zoals gezegd komt het erop aan hiertussen een evenwicht te vinden.

(59. NORMALITEIT EN GEBRUIK) Bekijkt men deze verschillende bronnen, dan is het mijn overtuiging dat in onze rechtsleer en rechtspraak véél te weinig de nadruk wordt gelegd op de gebruiken. Alle aandacht schijnt te gaan naar de rechtsregels, de uitdrukkelijke bedingen en de billijkheid (deze laatste in het kleed van het verbod van rechtsmisbruik en/of de beperkende werking van de goede trouw), hoewel zij allen eigenlijk maar uitdifferentiëringen zijn vanuit de gebruiken. Het (verkeers)gebruik is de wettelijke uitdrukking voor de maatschappelijke normaliteit. Anders dan de “gewoonte” - waarvoor een *opinio iuris ac necessitatis* vereist is - is het gebruik immers eveneens ononderscheiden cognitief-normatief. Gebruiken zijn dan ook nog veel meer “leerbereid” : gebruiken hebben wel een zekere standvastigheid, drukken uit wat men meent zo te horen, maar worden anderzijds toch ook aangepast wanneer ze niet meer werken, zonder dat daarvoor een of andere procedure moet worden ingezet. In zoverre verbintenissen uit overeenkomst worden uitgelegd volgens wat gebruikelijk is (en volgens de bepalingen van het BW hoort het ook zo) rijst de vraag naar de beperkende werking van de goede trouw of billijkheid nauwelijks, precies omdat er ook nog geen verstarring tot rechtsregels heeft plaatsgevonden. Het

¹²⁰ Dit is meer bepaald zo wanneer de verrechtelijking is voorgeschreven in het belang van derden, inbegrepen de fiskus. Denken we bv. aan de verplichte tussenkomst van een notaris.

“gebruik” wordt in de rechtspraak nog te vaak veel te eng omschreven, en speelt daardoor niet altijd ten volle de rol die het toekomt.

Besluitend kan ik dan ook zeggen dat de normaliteit niet verwijst naar de gebruikelijke betekenis van de woorden los van de kontekst waarin ze zijn uitgesproken, maar naar een uitlegging van de verklaringen en andere gedragingen in overeenstemming met het verkeersgebruik. Hiervoor wordt in de rechtsleer ook soms de uitdrukking “redelijke uitleg” gebruikt. Deze term is zeker niet onjuist, maar voegt inhoudelijk verder niets toe.

Anderzijds moet worden toegegeven dat men met het verkeersgebruik alléén vaak niet ver geraakt, omdat er vaak moeilijk van verkeersgebruik kan worden besproken. Ook is het proceseconomisch ondoenbaar om in elk afzonderlijk geschil het verkeersgebruik opnieuw te onderzoeken. De uitdrukkelijke bedingen en de rechtsregels bieden immers meer houvast, al moet men er dan wel bijnemen dat zij onderhevig zijn aan een billijkheidsbijsturing.

(60. DE ZGN. AANVULLENDE WERKING VAN DE GOEDE TROUW) Deze laatste beschouwing verklaart wellicht de vlucht die de werking van de goede trouw (in Noord-Nederland omgedoopt tot “redelijkheid en billijkheid”) als categorie heeft genomen. De goede trouw is immers gehanteerd als wettelijke grondslag voor een aantal bijkomende verplichtingen en lasten, die worden omschreven aan de hand van regels die minder strak zijn dan rechtsregels in engere zin. Men spreekt van de zgn. aanvullende werking van de goede trouw, hoewel die term m.i. verkeerd is¹²¹. In de kontraktuele fase zien we daarbij soortgelijke verplichtingen opduiken als in de voorkontraktuele fase : mededelings- en onderzoeksplichten en -lasten. Dergelijke voorkontraktuele plichten en lasten zijn vooral uitgekristalliseerd door de aandacht voor het zelfbeschikkingsbeginsel. Onderzoeks- en mededelingsplichten schematizeren daarbij op welke gronden men van de normaal opgewekte verwachting dient af te wijken, ofwel omdat de partij die een andere voorstelling van zaken heeft

¹²¹ Om twee redenen :

- ten eerste omdat men het begrip goede trouw eigenlijk niet nodig heeft voor verplichtingen die op het gebruik (en mogelijk de billijkheid) berusten; het is overigens pas de laatste decennia dat het begrip goede trouw in het belgisch recht daarvoor veelvuldig wordt gebruikt;
- ten tweede omdat de term aanvullende werking een tegenstelling met beperkende werking impliceert die er m.i. niet is. De meeste gevallen van beperking van rechten uit overeenkomst berusten nl. ook op de aanvulling van de inhoud van de overeenkomst met bijkomende verplichtingen of - meer nog - lasten. Zo men wil kan men wel spreken van een “aanvullende werking” op grond van art. 1135 BW en een “korrigerende werking”, die berust op de afwijkingen die men moet dulden wegens de eerbied voor de wederpartij, maar deze “bijsturende werking” wordt vaak gezien als alleen maar uitleg; bovendien is er geen enkele reden om in dat onderscheid tussen een aanvullende en een korrigerende werking met de ene zoveel spaarzamer om te springen als de andere, zoals traditioneel gebeurt in België bij het onderscheid tussen de aanvullende werking enerzijds en de bijsturende of derogerende anderzijds (in de betekenis die men daaraan bij ons meestal geeft).

dat maar moet meedelen, ofwel omdat de andere partij had moeten navraag doen. De rol van de kontraktuele plichten en lasten die uit de goede trouw worden afgeleid - of eigenlijk juist : uit het gebruik en de billijkheid - is daarentegen veeleer de volgende. Deze aanvullende plichten en lasten bepalen nader de normale uitleg van de overeenkomst, gedraging, e.d., voor zover daarvan niet moet worden afgeweken omwille van de zgn. interpretatieve werking van de goede trouw¹²² zoals die voortvloeit uit de voorkontraktuele lasten die men daarop kan gronden (aandacht voor de voorstelling van zaken die de tegenpartij zich maakt). Zuiver beschouwelijk kan men de zgn. interpretatieve werking van de goede trouw (die eigenlijk een gevolg is van de voorkontraktuele werking ervan) en de zgn. aanvullende werking van de goede trouw uit elkaar houden. Praktisch gesproken vloeien ze in elkaar over, omdat - gelukkig maar - partijen zich bij het sluiten van een overeenkomst hun onderlinge verhouding inderdaad voorstellen zoals de jurist ze achteraf op grond van de in art. 1135 BW genoemde bronnen begrijpt. Dit betekent niet dat de zgn. aanvullende werking van de goede trouw op de vermoedelijke wil der partijen berust - dat is een fictie -, maar wel dat die zgn. aanvullende werking en de voorstelling die partijen zich *de facto* hebben gemaakt vaak samenvallen, minstens overlappen.

(61. INHOUDELIJKE ONTWIKKELINGEN - SAMENWERKINGS-PLICHTEN) Men kan nu opwerpen dat het voorgaande toch nog altijd zeer vaag blijft over de inhoudelijke - en niet enkel de eerder formele - betekenis die het vertrouwensbeginsel dan wel geeft aan rechtsverhoudingen. Enerzijds is dit onvermijdelijk : net zoals het zelfbeschikkingsbeginsel nauwelijks iets zegt over wat partijen *in concreto* willen of hoe zij zich rechtsverhoudingen *in concreto* voorstellen, maar enkel over de mate waarin daarmee rekening moet worden gehouden, zo zegt het vertrouwensbeginsel nauwelijks iets over wat *in concreto* gebruikelijk is, maar enkel over de mate waarin daarmee rekening moet worden gehouden. Anderzijds moet het toch mogelijk zijn enige strekkingen aan te geven.

Welnu, deze strekkingen kunnen moeilijk totaal anders zijn dan diegene die we kunnen aantreffen bij voorkontraktuele lasten en verplichtingen. Nu hebben we de voorkontraktuele verhouding maar gedeeltelijk besproken, nl. in zoverre ze van belang is voor de uitleg van de overeenkomst; vooral de voorkontraktuele mededelings- en onderzoeksplichten en -laste zijn daarvoor van belang. Vergelijkbare verplichtingen vinden we ook uit overeenkomst. Ook daar wordt hun intensiteit bepaald door de maatschappelijke positie van partijen en hun wederzijdse verhouding, alsmede ten dele door de deskundige bijstand waarover zij beschikten, en soms zelfs aan de hand van de deskundigheid waarmee zij zich hadden moeten laten bijstaan naar verkeersgebruik. Daarnaast zijn er ook nog andere voorkontraktuele verplichtingen, die niet

¹²² Ook deze term is ongelukkig, en wel omdat 1) ook de zgn. aanvullende werking van de goede trouw niets anders doet dan de overeenkomst (rechtsverhouding) uitleggen; en 2) de zgn. interpretatieve werking bovendien, zoals hoger uiteengezet, veeleer een "bijsturende" werking is op grond van het zelfbeschikkingsrecht van de wederpartij.

besproken werden. En zo zijn er ook andere “aanvullende” plichten uit overeenkomst. De strekking daarbij in België is er een die mijn mede-adviseur ook in Nederland bespeurt : nl. naar een opvatting van de overeenkomst die de samenwerkingsplicht tussen partijen veel meer benadrukt. Wanneer er nu méér aanvullende plichten lijken te zijn dan vroeger, is dat níét omdat de rechter zoveel lossier omspringt met de wet dan vroeger, maar omdat de opvattingen over wat normaal is, veranderd zijn. Samenwerking tussen partijen wordt in de meeste overeenkomsten nu veel meer als “normaal” beschouwd. Deze samenwerkingsplicht is in België, altans wat het beginsel betreft, zowat het minst betwiste aanzicht van de eisen van de goede trouw¹²³. De schadebeperkingsplicht en de verplichting het de wederpartij niet nodeloos (of zonder evenredig belang) moeilijker te maken zijn daarvan nadere uitwerkingen. Daarnaast worden - bv. in het intussen klassiek geworden artikel van Fagnart - ook een *devoir de loyauté* (die meer dan enkel informatieplichten omvat) onderkend (die vaak ook als een samenwerkingsplicht kan worden beschouwd) en een *devoir de modération* (die hij - terecht - als een “aanvullende” plicht ziet, en niet enkel onder de zgn. beperkende werking van de goede trouw brengt)¹²⁴. Bij het laatste bekritizeert Fagnart terecht de rechtspraak in cassatie, die aan woordfetisjisme doet en nog te vaak een uitspraak verbreekt omdat men een “redelijke uitleg” geeft aan de overeenkomst in plaats van het woord rechtsmisbruik te gebruiken¹²⁵. Een plicht tot gematigheid sluit overigens inderdaad aan bij het verkeersgebruik. Zegt de volkswijsheid niet dat de soep nooit zo heet wordt gegeten als ze wordt opgediend ?

De samenwerkingsplichten en vergelijkbare plichten kunnen trouwens ook ten dele in verband worden gebracht met het wederkerigheidsbeginsel; het is ook een middel om een verstoorde wederkerigheid (onevenheid) recht te trekken. In een markteconomie kan er geen *iustum pretium*-leer gelden, omdat de prijs door vraag en aanbod moet worden bepaald. Maar dat belet niet dat de overige rechten en plichten van partijen toch mede door de betrekkelijke hoogte van de prijs worden bepaald. We vinden dit duidelijk in de regels inzake onrechtmatige bedingen. Deze bepalen dat het evenwicht van rechten en plichten niet in strijd met de goede trouw ten nadele van de verbruiker mag worden verstoord (art. 3 Richtlijn onrechtmatige bedingen in verbruikersovereenkomsten). Waar art. 4 lid 2 van de richtlijn bepaalt dat de beoordeling van het onrechtmatige karakter van bedingen geen betrekking heeft op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van enerzijds prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten¹²⁶ (voor zover die bedingen duidelijk en

¹²³ Zie onder meer H. DE PAGE, *Traité*, II nr. 469 p. 461; J.L. FAGNART, “L’exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion”, *RCJB* 1983, (285) 304 v.

¹²⁴ J.L. FAGNART, *RCJB* 1983, (285) 299 v.

¹²⁵ J.L. FAGNART, *RCJB* 1983, (285) 303, m.b. over Cass. 23-1-1976, *Arr* 615. Vgl. ook mijn “Repelsteeltje, de windmolen en de zwaanridder. Of : het Hof van Cassatie en de rechtsverwerking”, *Recente cassatie* 1992, nr. 21

¹²⁶ Vgl. Art. 6:231 NBW; ABGB § 879, 3; Duits AGBGesetz § 8.

begrijpelijk zijn verwoord), bepaalt art. 4 lid 1 wel dat voor de beoordeling van het onrechtmatig karakter van een beding onder meer alle andere bedingen van de overeenkomst in aanmerking moeten worden genomen (...) - dus ook de prijs of tegenprestatie. En artikel 2, lid 2 d van de ontwerp-richtlijn betreffende de verkoop van en de waarborgen voor verbruiksgoederen noemt de betaalde prijs als één van de elementen die bepalen welke kwaliteit en prestaties van verkochte goederen mogen worden verwacht.

V. BESLUITEN.

(62. VERTROUWENSBEGINSEL) Bescherming van het door de aangesprokene opgewekte vertrouwen in een bepaalde gang van zaken is, ondanks de andersluidende retoriek, ontegensprekelijk een van de grondbeginselen die werkzaam zijn in ons verbintenissenrecht, ja zelfs een fundamenteel uitgangspunt van die werking. Dat het zo begrepen vertrouwensbeginsel moet worden versneden met andere beginselen, zoals het zelfbeschikkingsbeginsel, en het wederkerigheids- of onevenheidsbeginsel, is even ontegensprekelijk. Rechtsbeginselen kunnen niet onversneden worden verheven tot rechtsregels¹²⁷. Hun onderling gewicht en ook hun begrip zelf verschuift met de tijd. In dit preadvies wordt getracht om minstens op het vertrouwensbeginsel en het autonomiebeginsel (zelfbeschikkingsbeginsel) een hedendaags zicht te geven, niet louter deduktief, vanuit de ideologie en grote beginselen, maar vanuit de meer bijzondere verschijningsvormen van ons verbintenissenrecht. Vooral de kijk op het autonomiebeginsel diende m.i. ernstig te worden bijgesteld.

(63. RECHTSZEKERHEID) Doorheen de zoektocht naar de draagwijdte van het vertrouwensbeginsel liep als een rode draad ook de vraag naar de mogelijke en wenselijke graad van rechtszekerheid. Vooreerst is het duidelijk dat rechtszekerheid meer gediend wordt door regels die vastknopen aan feiten waarvan de vaststelling minder aanleiding geeft tot twist, wat ervoor pleit om het vertrouwensbeginsel voldoende sterk te laten doorwegen in de afweging met andere beginselen. Verder rijst de vraag in hoeverre de mechanismen van die afweging, waaronder meer bepaald mededelings- en onderzoeksplichten en -lasten, kunnen en moeten worden gestandaardiseerd. Als ik het mede-preadvies goed heb begrepen, ben ik iets meer dan Vranken geneigd tot standaardisering, meer bepaald van mededelings- en onderzoeksplichten en -lasten, maar een standaardisering die helemaal niet gelijkstaat met halsstarrig vasthouden aan rechtsregels, maar veeleer aansluit bij het gebruik. De rechtswetenschap heeft tot taak om maatschappelijke verhoudingen tot hun recht te laten komen; dat houdt niet in dat men abdikeert voor de feitelijke praktijken, zoals in sommige sectoren overigens teveel gebeurt, maar evenmin dat men halsstarrig *kontrafaktisch* vasthoudt aan geschreven normen. Het aan de wetgever voorbehouden

¹²⁷ J.H. NIEUWENHUIS, "Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel", *RMT* 1976, 505.

van regelvorming maakt dat veel te veel vragen tot feitelijke vragen herleid worden, wat een enorme rechtsonzekerheid meebrengt. *Ceterum censeo* : ons hoogste burgerlijk Hof neemt hierin zijn verantwoordelijkheid onvoldoende, en verstopt zich teveel achter de *paraplu* van de wetgever. Paradoksaal genoeg leidt dit tot een reuze *marge* voor de feitenrechter en dus tot de zogezegd verfoeide billijkheidsrechtspraak. Elders¹²⁸ heb ik beschreven hoe het feit dat de hoogste rechter onvoldoende aan rechtsverfijning doet, d.w.z. regels opstelt, tot enorme rechtsonzekerheid en soortgelijke nevengevolgen leidt. De stellingen van Barendrecht - scherpere normen, maar niet enkel aan de wetgever overgelaten - hebben mij wellicht meer bekoord dan de mede-*preadviseur*. De Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland heeft ons de kans geboden het debat hierover te voeren. Moge dit debat daardoor ook in België van de grond komen.

128 "Bedenkingen bij de door het Hof van cassatie gehanteerde wijze van rechtsvinding en rechtsopvatting. Tegelijk een bijdrage tot de studie van een onderschatte rechtsbron : de traditie", *TPR* 1995, (971) nr. 52-63.